

## Comptes rendus

Marie-France Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, 2003, 324 p.

Comment est-on passé du droit médiéval fondé en Dieu au droit moderne centré sur l'homme ? Examinant cette question dans ses recherches sur les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, l'historienne du droit Marie-France Renoux-Zagamé, professeur à l'Université de Paris V, reprend une dizaine d'articles remaniés après avoir paru dans diverses publications et les rassemble sous le titre *Du droit de Dieu au droit de l'homme* pour en indiquer l'unité et la ligne directrice.

La transition suit une voie apparemment paradoxale, comme le montrent les analyses approfondies de l'ouvrage et les très nombreuses citations des auteurs de l'époque : juristes et notamment avocats, gens du roi, juges, dont subsistent les plaidoyers, les harangues solennelles, les remontrances, formant un discours collectif du monde judiciaire, mais aussi, non moins importants, théologiens de la seconde scolastique, prédicateurs qui les vulgarisent, écrivains qui se livrent aux controverses juridiques ou politiques, tous auteurs qui annoncent ou retardent, favorisent ou critiquent les mutations capitales de la mentalité. Pour la tradition scolastique, l'ordre juridique et le pouvoir politique se relient à leur source divine par la médiation des réalités socialement naturelles. Or, avec l'avènement de la modernité, de l'humanisme nouveau et de la montée de l'État, ils tendent à s'absolutiser. D'abord, dans une atmosphère encore empreinte de christianisme, ils utilisent, absorbent, s'approprient cette source dont la qualité divine rejaillit de façon directe et immédiate sur eux-mêmes. Mais, en l'accaparant, ils enferment dans l'immanence la transcendance de Dieu, déforment sa présence qui, faussée, s'efface dans l'absence. La radicalisation du principe traditionnel implique sa perversion radicale : l'excès de sacralisation se retournera bientôt en complète sécularisation.

Concernant l'ordre juridique (première partie de l'ouvrage), le changement affecte la conception du droit et de ses expressions. Selon la scolastique médiévale, au niveau socialement humain, il y a des figures plus ou moins voilées du vrai et juste droit. Elles forment le droit des gens, droit des nations, *jus gentium* dans son sens premier, intermédiaire entre le droit naturel et le droit positif : ensemble d'institutions qui se retrouvent communément à l'intérieur de la plupart des sociétés politiques et que, par là même, un discernement raisonnable reconnaît comme constituant des médiations entre le droit divinement naturel inaccessible à l'emprise humaine et les divers droits positifs concrets effectivement établis par les hommes, comme se révélant, peut-on le présumer à juste titre, approximativement conformes au droit naturel dont elles sont des modalités humaines, donc imparfaites, tout en le laissant transparaître et en recevant de lui sa véritable valeur (« Le droit des gens classique, moyen terme entre droit naturel et droit positif »). À ce droit mixte et médiateur généralement répandu parmi les nations corres-

pond en pratique le droit romain, tenu pour le droit commun, à la fois don providentiel de Dieu et fruit de la raison humaine (« Le droit commun entre providence divine et raison ») : droit élaboré par l'expérience et le raisonnement des anciens jurisconsultes et rassemblé dans la compilation justinienne du *corpus juris civilis*, applicable à l'Empire romain devenu chrétien par une prédestination divine et ayant vocation à régir la chrétienté idéalement étendue à tout l'univers et à tous les temps. Il représente le modèle et l'instrument servant à harmoniser la pluralité des statuts particuliers par comparaison avec ces *leges romanae*. Il reste continuellement vivant grâce aux interprétations et adaptations qu'en font les juristes médiévaux chrétiens et romanistes pour tenir compte des circonstances nouvelles, et encore par la suite, même en France où la spécificité du *mos gallicus* n'empêche pas de se référer à lui comme *ratio scripta*, raison écrite en matière juridique. Mais déjà, sous l'influence des théologiens juristes de la seconde scolastique, au XVI<sup>e</sup> siècle, le traditionnel droit des gens, paraissant trop mêlé et ambivalent, va se désintégrer : une petite partie émerge peu à peu en droit des gens nouveau et tout différent, *jus inter gentes*, droit international régissant les relations entre États par des coutumes positives dont ceux-ci sont les créateurs ; et la plus grande partie se transforme et se dissout dans le jusnaturalisme, dans le droit naturel moderne, traduisant une nature humaine subjective et rationalisée, déduisant systématiquement ses règles par une logique rigoureuse à partir de principes parfaitement connaissables, acquérant une totale autonomie au point de tirer parti du fondement divin sur lequel il reposait pour en arriver, même sans le nier, à le considérer comme n'étant plus absolument nécessaire aux nouvelles constructions de la raison.

Un mouvement pourtant inverse aboutit finalement à un résultat analogue. Domat incorpore la source divine dans le droit humain. Juriste janséniste, rendu célèbre par son œuvre magistrale *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle (1699), il effectue une systématisation des lois pour procurer une voie chrétienne d'accès au salut (« La mise en système des lois comme moyen de salut »). Il rattache l'ensemble des lois à une loi fondamentale, au commandement divin de l'amour, principe des règles morales et sociales qui n'en sont que le développement, qui en expriment les implications, qui rétablissent un ordre de l'amour dérégulé par le péché et les passions et ont ainsi pour but de préparer le règne de Dieu. Si, par les lois civiles, il désigne, selon la tradition, le droit romain, il va jusqu'à voir en lui un droit essentiellement juste, mais qui, par contre, ne connaissait pas la Révélation chrétienne : il veut donc retrouver le lien qui unifie les lois romaines, les remettre dans leur ordre naturel, c'est-à-dire les faire découler de cette loi d'amour. Il adopte, lui aussi, une méthode purement rationnelle et mathématique : toutes les lois sont infailliblement déduites du principe général auquel les relie des chaînes de dépendance et, quelle que soit la longueur du raisonnement, elles ont toujours la même valeur fixe et immuable d'évidence et de certitude. C'est le juge qui met en œuvre ce corps de lois ayant pour fondement la volonté de Dieu : il exerce un ministère divin dans le domaine temporel, garantit un état permanent de justice par une sorte de théocratie judiciaire. Mais, si les lois doivent passer par lui, le juge est tenu de respecter un pur légalisme, est strictement lié par les lois qu'il applique sans les soumettre à une comparaison dialectique entre droit naturel et droit positif. Afin de le faire juger comme Dieu le ferait, Domat entend permettre au juge de saisir l'esprit des lois et d'y reconnaître le reflet de l'esprit de Dieu (« L'esprit des lois, substitut de

l'esprit de Dieu »), et, surtout dans ses *Harangues*, il compte moins sur une activité de sagesse que sur un travail de logique, moins sur la conscience du juge que sur la science des lois, sur la connaissance de la place et du rang des lois dans leurs rapports entre elles et avec la loi divine, ce qui détermine leur champ d'application. Ainsi se trouve construit un droit systématique, mais le système est fermé sur lui-même : par le bas, à cause du rôle automatique du juge ; et surtout par le haut, car la loi divine, malgré son origine, est dépourvue de sa transcendance, elle n'est plus un au-delà vers lequel les règles convergent à l'infini, elle se ramène au premier maillon d'un enchaînement de déductions rationnelles. La logique du droit divin de l'amour pourra conduire à mettre la loi et le juge au service de logiques bien différentes.

Quant au pouvoir politique (seconde partie de l'ouvrage), le renforcement du lien qui l'attache à Dieu, surtout depuis la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, traduit en réalité un véritable changement de la nature de ce lien. Dans l'État de justice, forme traditionnelle de l'État chrétien monarchique, le pouvoir est ordonné à Dieu par ses règles d'exercice. Le roi, le prince chrétien, bien qu'étant un élu de Dieu, est en même temps partie intégrante de la communauté politique qui, elle aussi, dans sa totalité, dispose de médiations multiples rendant Dieu présent au monde. S'il a lui-même pour fonction première, non pas de faire la loi selon la nouvelle formule de Bodin précurseur de l'absolutisme, mais d'abord de rendre justice, les juges, quoiqu'investis par lui, partagent avec lui le pouvoir royal de juger, mission sacrée que, comme lui, ils tiennent du juge céleste, divin et suprême. Aussi faut-il respecter l'indépendance des juges dans le statut du corps collectif qui les réunit et les règles de leur activité (« L'inviolabilité de l'ordre judiciaire »). Dans cette conception, voisine et pourtant différente de celle que soutiendra Domat, les juges sont responsables devant Dieu seul : bénéficiaires dans leur charge de l'assistance divine, ils y engagent leur salut spirituel et sont tenus par devoir de conscience d'appliquer un juste droit. Ils doivent donc une obéissance réfléchie aux lois édictées par le roi, s'assurer qu'elles s'accordent avec la loi divine : un refus d'obéissance ne ferait alors qu'exprimer une obéissance d'un niveau supérieur (« Obéir aux hommes ou obéir à Dieu : la conscience des juges »). Ainsi, les Parlements, cours judiciaires souveraines dérivées de la « Curia regis », examinent les actes royaux pris sous forme de lettres patentes qu'ils reçoivent pour procéder à leur enregistrement et présentent éventuellement au roi des remontrances à leur sujet. Ils contrôlent, en s'inspirant de l'impugnatio romano-canonique des rescrits impériaux et des décrétales pontificales, et même à l'origine sur demande du roi, les décisions particulières et aussi, par extension, les mesures législatives générales, les ordonnances royales, qui ne sont lois qu'après avoir été reconnues comme telles par les Parlements, agissant, non en législateurs, mais en juges. Ceux-ci entendent rechercher, derrière une volonté du roi peut-être purement momentanée ou superficielle, la volonté véritable et permanente qui vise le bien commun et l'intérêt public, et ils soumettent les textes nouveaux à une vérification portant sur leur « commodité » pour éviter les abus et les inconvénients excessifs, sur leur « civilité », c'est-à-dire la juridicité, la légalité ou même la super-légalité ou constitutionnalité, la conformité aux principes contenus dans les lois fondamentales et dans tout l'ensemble des lois existantes dont ils ont le dépôt et la garde (« Soumettre l'État au droit : contrôle de "civilité" et enregistrement »). Le pouvoir du roi tient à l'office qu'il remplit.

Mais c'est par l'origine même de son pouvoir que le monarque est lié à Dieu dans la théorie de la royauté de droit divin qui prend forme avec le passage du XVI<sup>e</sup> au XVII<sup>e</sup> siècle. Ses adeptes assimilent le pouvoir temporel de l'État au pouvoir spirituel de l'Église, modèlent le pouvoir politique que la doctrine chrétienne reconnaît comme autonome dans son ordre propre, sur le pouvoir ecclésial de droit divin, divinement institué par Jésus-Christ et conféré par lui aux Apôtres et à leurs successeurs : dès lors, les monarques reçoivent directement de Dieu leur autorité sans la médiation du droit naturel ou humain. La théorie est réfutée par les théologiens jésuites de la Contre-Réforme, Suarez, Bellarmin et d'autres, mais ne disparaît pas (« Théologie sacerdotale contre théologie séculière : la condamnation du droit divin des rois »). Elle a, en France, au temps de la Ligue, à la suite des fractures du christianisme, alimenté les polémiques entre Ligueurs et Politiques concernant le roi Henri IV, successeur dynastique mais alors protestant. Si les uns et les autres invoquent la notion d'État chrétien, de communauté chrétienne temporelle et spirituelle, les Ligueurs, pour virulents que soient leurs pamphlets, et tout en insistant sur l'assise populaire du pouvoir et la résistance à la tyrannie, prolongent l'idée scolastique de l'État à la fois autonome et christianisé dont la mission exclut la présence d'un prince protestant extérieur à l'Église catholique et subordonne la loi dynastique à la loi de catholicité, tandis qu'au contraire, pour les Politiques partisans du roi, l'État est essentiellement chrétien au point de faire considérer la loi salique de dévolution de la Couronne comme l'expression directe de la volonté de Dieu. Le roi, de fait, se convertit, mais la question reste entière (« Ligueurs contre Politiques : à la recherche du véritable État chrétien »). Malgré sa faiblesse doctrinale, malgré sa condamnation par les papes soucieux de pouvoir toujours influencer sur les royaumes chrétiens, le droit divin des rois s'implante dans l'esprit des monarques et des juristes royaux, mais par une révolution intellectuelle qui lui sera fatale (« La royauté de droit divin : du roi idole à l'effacement du divin »). C'est là, en effet, renverser les rapports de Dieu et de la création, confondre le droit divinement naturel avec le droit divin positif, passer de l'intervention divine indirecte dans la fonction du pouvoir à une intervention directe en faveur de son titulaire, faire endosser à Dieu les modalités humaines d'attribution du pouvoir. Le monarque devient l'élu direct et exclusif de Dieu, unique médiateur et lui-même représentant immédiat de Dieu, souverain absolu, indépendant de l'Église incorporée dans l'État, mis à part de la communauté dont les diverses voies de médiation entre la terre et le ciel disparaissent, imposant à tous un devoir de pure et simple soumission à sa volonté divinement inspirée. Il fait l'objet d'un culte idolâtrique qui annonce l'idolâtrie de l'État. Son rattachement isolé à Dieu referme sur elle-même la communauté politique qui se détachera de ce lien désormais trop ténu.

Ainsi, par une sacralisation désacralisante, le droit divin des rois comme aussi le droit divin des lois, en absorbant la source divine plutôt que de la maintenir au-dessus de la personne du roi et du corps des lois, préparent un ordre politique et juridique purement humain et trouvant en soi sa propre justification.

Jacques DAGORY

Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon, aux soubassements de la France moderne*, Bouère, éd. Dominique Martin Morin, 2003, 510 p.

Quelle est la conception de l'homme incluse dans le Code civil de 1804 ? Telle est la question dont traite le professeur Xavier Martin, de l'Université d'Angers, historien du droit bien connu pour ses recherches qui l'ont conduit à mettre en évidence, contrairement à l'opinion officiellement admise, l'anthropologie réductionniste inhérente à la philosophie des Lumières. Dans son ouvrage qui regroupe une dizaine d'articles parus dans diverses publications et largement remaniés, il rattache l'esprit du Code civil à celui des Lumières, et donc, malgré la doctrine juridique qui s'est imposée et reste encore prédominante, il y retrouve ce réductionnisme fondamental, et même aggravé après la tourmente révolutionnaire. Aussi tient-il la vision doctrinale courante pour une « mythologie du Code Napoléon », c'est-à-dire une représentation imaginaire des principes inspirateurs du Code ici désigné par sa dénomination de 1807 et dont la place « aux soubassements de la France moderne » se révèle si importante pour l'évolution de la société française.

Depuis plus de vingt ans, l'auteur examine méthodiquement la littérature philosophique, politique et juridique de cette époque, les ouvrages, mémoires et correspondances des grands écrivains et des moins grands de la génération précédant le Code ou qui en sont contemporains, imprégnant et traduisant la mentalité collective, mais aussi, encore plus directement significatifs, le Recueil Fenet des travaux préparatoires du Code, les Archives parlementaires, le journal *Le Moniteur*. En s'appuyant sur d'innombrables citations tirées des discours, discussions, exposés relatifs au projet de code, sur une masse de remarques manifestement caractéristiques, il découvre les implications socio-politiques des choix législatifs, les convictions et les intentions des rédacteurs du Code, en associant aux quatre membres de la commission de rédaction et à Bonaparte lui-même, l'ensemble de la classe politico-intellectuelle qui a contribué à l'œuvre de codification, tous façonnés, sous réserve de diverses nuances, par l'esprit des Lumières et marqués par l'épreuve révolutionnaire. Il en fait ressortir une ligne d'interprétation et d'intelligibilité à laquelle il donne délibérément une forme systématisée et même non dépourvue parfois de pugnacité par opposition aux idées reçues.

Il n'est déjà pas inutile d'apporter quelques tempéraments à l'histoire de l'évolution aboutissant au fait lui-même de l'existence du droit unifié et codifié : elle laisse voir une tendance générale dans ce sens, mais qui paraissait peu réalisable et se mêlait à un certain scepticisme pendant la période monarchique (« L'unification du droit à la veille de 1789 : un espoir modéré ») et encore, dans des conditions toutes différentes, jusqu'à la fin de la Révolution (« Autour de la codification de 1800 à 1804 »). Dans les derniers temps de l'Ancien Régime, le désir théorique d'unifier ou du moins d'harmoniser les coutumes se heurte à la difficulté d'opérer des réformes, au provincialisme, au particularisme des communautés traditionnelles dont les coutumes peuvent passer pour être l'expression d'un consensus populaire. Il s'accommode pratiquement du maintien des coutumes multiples et n'apparaît pas comme une demande fréquemment inscrite dans les cahiers de doléances. En 1789, les Constituants, dans leur ambition de régénérer la nation, posent le principe de l'unification du droit et de sa codification législative. Mais les Assemblées révolutionnaires successives, dominées par les passions partisans et par la manie de lois ponctuelles et proliférantes, sont impuissantes à s'appliquer à cette

tâche, mettant à l'écart trois projets de Cambacérès et suscitant dans l'opinion un sentiment de trouble et de lassitude. Enfin Bonaparte vint. Il faut en effet attendre le coup d'État du 18 brumaire et le Consulat pour que l'entreprise réussisse. Dès 1800, Bonaparte, Premier consul, met en place une nouvelle procédure de codification qu'il est déterminé à mener à son terme : il fait élaborer un projet par une commission de quatre membres dont Portalis, le fait discuter au Conseil d'État qu'il préside souvent lui-même, le fait voter par les Assemblées, Tribunat et Corps législatif rendus dociles après l'éviction des opposants. Dans un pays impatient de certitude et de sécurité, il met en vigueur un code législatif et unitaire lui permettant aussi de renforcer son propre pouvoir qu'il impose éventuellement avec brutalité : dans la même journée du 21 mars 1804 est fusillé le duc d'Enghien et acquis le vote définitif du Code civil.

Mais, bien évidemment, l'objet principal des études contenues dans l'ouvrage porte sur l'état d'esprit de ceux qui ont participé à la rédaction et à la discussion du projet de code, et toutes les citations montrent qu'ils ne voient pas dans l'homme un sujet de droit libre et volontaire, autonome, comme pense pouvoir l'assurer un enseignement devenu aujourd'hui classique, mais qui ne correspond pas à la culture intellectuelle courante à l'époque du code (« Mythologie du Code Napoléon », article ayant le même titre que l'ouvrage et rappelant un ouvrage antérieur de l'auteur, *Nature humaine et Révolution française, du siècle des Lumières au Code Napoléon*, 1994, 2<sup>e</sup> édition 2002). Tout au contraire, leur idée de l'homme n'a rien de spiritualiste, elle repose sur un fond de matérialisme plus ou moins athée ou déiste, sur des principes sensationnistes et nominalistes. Pour eux, l'homme est un mécanisme, un animal-machine un peu plus compliqué que les autres animaux, entièrement conditionné par les sensations que reçoit son corps et auxquelles il répond conformément à son intérêt égoïste, unique mobile de son activité, par un processus physico-chimique tenant lieu de vie intérieure où la liberté et la volonté se réduisent au jeu des déterminismes et à l'automatisme des impulsions. Il est donc en même temps un individu purement solitaire par nature, dépourvu de qualités relationnelles, créant artificiellement une société qui le recrée lui-même comme être social. La société, elle aussi, est une machine ordinaire ayant une plus grande dimension, un composé de mécanismes individuels dont la combinaison déclenche et entretient le fonctionnement. Telle est la philosophie de 1789, continuant celle du siècle des Lumières, exprimée par Diderot, Helvétius, d'Holbach, Voltaire, Condillac, les idéologues Cabanis et Destutt de Tracy, annonçant le scientisme d'aujourd'hui qui matérialise et déshumanise l'homme tout en prétendant l'exalter (« Sur l'homme de la Déclaration des droits », dont l'analyse est développée dans l'ouvrage *L'homme des droits de l'homme et sa compagne : sur le quotient intellectuel et affectif du « bon sauvage »*, 2001, compte rendu dans les *Archives*, tome 47, 2003, p. 456-460). Cette vision réductrice et pessimiste s'est longtemps trouvée, au XVIII<sup>e</sup> siècle, voilée par les critiques insistantes des dysfonctionnements du régime monarchique de l'époque, recouverte par un vernis d'optimisme coloré par la confiance dans le progrès et l'espoir du bonheur, tout particulièrement en 1789 dans l'euphorie du changement et de la croyance en l'avènement d'une ère nouvelle. La Révolution ne va pas tarder à provoquer un réveil cruel.

Si les hommes ne sont ainsi que mécanismes de sensations intéressées, ils ne peuvent avoir que des comportements calculés, strictement utilitaires, comme le pensent les

codificateurs, marqués par un utilitarisme qui est antérieur à Bentham, lui-même se réclamant d'Helvétius et de son disciple Beccaria, mais étant encore mal connu en France pendant la Révolution que du reste il condamne et n'exercant guère d'influence sur un projet de code, récemment découvert aux Archives nationales, rédigé en 1798-1800 par Tarjet pour son compte purement personnel, ni non plus sur les auteurs du code officiel (« Tarjet, Bentham et le Code civil »). La doctrine benthamienne de l'utilitarisme, du calcul et de la balance des plaisirs et des peines, de l'arithmétique du plus grand bonheur pour le plus grand nombre, accentue des principes déjà manifestement présents dans le siècle des Lumières. Il en résulte que les hommes sont susceptibles d'être modelés, façonnés, et même sans qu'ils s'en rendent compte. Sur la base d'un empirisme emprunté à Locke et surtout à Condillac, la mécanique mentale est du même ordre que la mécanique céleste de la science newtonienne qui apparaît alors comme l'idéal de toute science, et donc de la science de l'homme. Les lois de l'intérêt égoïste auxquelles l'homme est nécessairement soumis, sans être modifiables, pas plus que les lois de la gravitation et du mouvement dans l'univers, sont connaissables et utilisables : l'homme peut agir sur l'homme, du moins certains hommes, initiés aux secrets de la science de ces lois, sur tous les autres qui ne les connaissent pas et ne savent pas qu'on les leur applique. De même est-il bon, les hommes éclairés s'étant mis à part, que le peuple ignorant soit dupé par la religion, par la croyance en un Dieu omniscient et garant suprême de la morale : le Concordat de 1801, officialisant le retour au catholicisme, est un instrument servant à renforcer l'ordre social (« De Newton au Code civil : une problématique du secret »). La science de l'homme se prolonge en science des hommes, en science politique. Celle-ci est soigneusement réservée à une élite éclairée de philosophes législateurs, surhommes ou semi-dieux, maîtres de la nature humaine, ayant les moyens d'actionner les ressorts de la machine humaine, de téléguider à leur insu les citoyens ordinaires qui obéiront d'autant mieux aux lois qu'ils auront été persuadés de n'obéir qu'à leur propre volonté, tout en n'obéissant qu'à leurs impressions artificiellement stimulées : leur liberté est instrumentalisée. Tel est le modèle subtilement manipulateur allant du siècle des Lumières à Bonaparte.

Pour les Thermidoriens de la Convention finissante et du Directoire, le réductionnisme anthropologique se trouve mis cruellement à nu par le choc révolutionnaire : le rêve fait en 1789 d'un bref retour à une sorte d'état de nature rousseauiste pour renouveler la société a sombré dans la terreur jacobine, à laquelle ils survivent et dans laquelle ils voient la marque encore toute récente d'une régression à un état de féroce sauvagerie, dévoilant une nature humaine de type hobbesien, et donc l'égoïsme foncier et l'hostilité réciproque des individus. Aussi, dès 1795, les droits naguère naturels de l'homme deviennent les droits de l'homme en société, et particulièrement la propriété : il importe d'affirmer le maintien des propriétés, de rassurer surtout les acquéreurs de biens nationaux quant à la validité du fondement de leurs acquisitions, de figer la nouvelle répartition des patrimoines dont la légalité même supposée injuste doit être assimilée à une parfaite légitimité au nom du positivisme juridique et de l'utilité sociale (« Aux sources thermidoriennes du Code civil »). C'est qu'après la dislocation révolutionnaire se fait sentir la nécessité de recomposer le tissu social, de faire coexister les individus toujours sur la base de l'individualisme sensationniste et pessimiste, de les enserrer dans une armature d'autant plus forte qu'ils sont naturellement peu sociables, de

redonner force à des liens qui n'ont qu'un caractère inter-individuel. Le régime directorial, instable et déconsidéré, encore imbu de l'esprit de la Révolution, échoue dans cette entreprise, dans sa tentative de propagande psychologique préconisée par les idéologues alors fort influents. Il reste à se tourner vers le cadre juridique des relations entre individus, c'est-à-dire vers le droit privé, plus précisément le droit civil, qui acquiert une fonction proprement politique comme garantie ultime de la recomposition sociale (« Fondements politiques du Code Napoléon »). Le coup d'État de brumaire ayant levé les inhibitions, le Code civil, voulu par Bonaparte, élaboré au cours du Consulat de 1800 à 1804, doit rapprocher les citoyens les uns des autres, conditionner les comportements par les intérêts individuels et patrimoniaux afin de reconstituer la structure de la société. Il est destiné à opérer le sauvetage du corps social, à rendre effectives et efficaces les vertus politiques du droit privé.

Les solutions adoptées par les auteurs du Code civil traduisent le dessein politique qu'ils poursuivent et l'idéologie dont ils sont imprégnés, même si elles retrouvent ou prolongent des techniques juridiques plus anciennes. Ainsi, la propriété, comme elle y tendait malaisément depuis plus de deux siècles, est individualisée et absolutisée (article 544). La règle contractuelle ne consacre nullement, malgré une opinion aujourd'hui enracinée, l'autonomie des volontés individuelles, mais rappelle opportunément la force des engagements contractuels qu'elles ont conclus, l'obligation traditionnelle qui s'impose impérativement à elles de les exécuter (article 1134). La responsabilité civile prévoit la réparation du dommage causé à autrui comme aussi à l'inverse celle du dommage subi par soi-même et causé par autrui (article 1382). Quant au statut du mariage et de la famille, il apparaît tout à fait significatif (« Fonction paternelle du Code Napoléon »). Le mariage, institution sociale fondamentale, est revalorisé : le divorce, symbolisant une conquête révolutionnaire, est certes maintenu, mais fortement limité par de strictes conditions de fond et de procédure, et destiné du reste à se raréfier, espère-t-on, à la suite du Concordat grâce à la rechristianisation des mœurs. Dans la famille, cellule élémentaire de la société, le mari et père, normalement propriétaire, détient l'autorité maritale et la puissance paternelle. Il a autorité sur l'épouse, qui lui doit obéissance et qu'il doit protéger (article 213) : il est chargé de la surveiller et de la défendre elle-même contre la faiblesse de sa nature de femme, sa sensibilité puérilement féminine, sa dangereuse bonté et son désintéressement défavorable aux intérêts patrimoniaux. Le père, et lui seul, exerce la puissance paternelle sur les enfants : ceux-ci, bien qu'ils acquièrent, depuis une innovation elle aussi révolutionnaire, leur majorité à vingt et un ans accomplis, doivent à leurs parents honneur et respect à tout âge (article 371), donc même après leur majorité et tant que les parents vivent. Cette obligation n'est pas dépourvue de sanction : les pères maintiennent sur eux un pouvoir obliquement viager par la pression d'une certaine latitude testamentaire, car, malgré le principe du partage successoral par égales portions, une quotité disponible à l'égard des enfants, prohibée sous la Révolution, est rétablie pour une petite part dès mars 1800 et dans des proportions moins étroites par le Code civil (article 913), dans le but explicite de donner aux pères un moyen d'inciter les enfants à la docilité. C'est ainsi l'intérêt qui commande l'affection familiale, comme il le fait pour le rapprochement des individus dans la société. Le père de famille exerce un pouvoir domestique qui soutient l'ordre social et le gouvernement politique.



Il convient aujourd'hui de retrouver l'atmosphère mentale de l'époque des Lumières précédant et suivant immédiatement les années révolutionnaires, et donc celle qui imprègne le Code civil de 1804, comme aussi de s'interroger sur l'image que s'en donne la conscience collective française.

Jacques DAGORY

Dominique Gros et Olivier Camy (dir.), *Le Droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil « Le Genre Humain », 2005, 281 p.

L'expression « droit de résistance » n'est devenue courante qu'après la révocation de l'édit de Nantes en 1685 écrit Dominique Gros (p. 14) dans les propos introductifs (« Qu'est-ce que le droit de résistance à l'oppression ? ») de cet ouvrage original sur *Le Droit de résistance à l'oppression* qui résulte d'un colloque international intitulé « Le droit de résistance à l'oppression. Le droit contre le droit », et qui s'est déroulé les 12 et 13 décembre 2002 à la faculté de Droit et de Science politique de l'Université de Bourgogne. Ici, des historiens, philosophes et juristes s'interrogent sur le degré d'iniquité qui conduit à un droit de résistance à l'oppression (inscrit dans l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, puis repris en tête de la Constitution de 1791), un droit qui pourrait être contre le droit, un droit et un devoir « de dire non à l'arbitraire », une légalité de l'insoumission. Cet exemplaire (en réalité de la revue semestrielle *Le Genre humain*), d'une incontestable qualité, est composé de quatre parties.

Laurent Fonbaustier (« La Résistance à la tyrannie dans la tradition médiévale »), Jean Bart (« La Justification du tyrannicide selon les monarchomaques »), Lucien Jaume (« Condorcet : droit de résistance ou censure du peuple ? »), et Jean-Louis Halpérin (« Vicissitudes du droit de résistance en Allemagne (fin XVIII<sup>e</sup> –XIX<sup>e</sup> siècle) ») nous informent de la genèse du droit de résistance dans une première partie. On comprend ainsi que les doctrines corporatives médiévales étaient à même de justifier une résistance aux têtes folles (p. 41), que l'expression des thèses des monarchomaques marque une rupture dans l'histoire de la pensée, même si d'autres ruptures comme la rupture révolutionnaire seront nécessaires pour parvenir au concept de souveraineté populaire et formuler les principes de la résistance à l'oppression, et bien plus les principes du droit d'insurrection (p. 56), que, dans la tourmente de 1793, la grandeur de Condorcet fut de vouloir armer l'individu par la loi et contre la loi, par la Constitution et contre la Constitution (p. 68), ou que, aux Temps modernes, l'Allemagne a été le pays de la Réforme luthérienne, et que le protestantisme est, dans son nom même, le paradigme de la résistance (p. 73). Ce rappel historique, particulièrement bien mené et bienvenu, est suivi des formes du droit de résistance qui nourrissent la deuxième partie du manuscrit. Christophe de la Mardière (« Résistance à l'impôt et résistance par l'impôt »), Éric Desmons (« Philosophie sur la barricade. Blanqui : l'insurrection contre la démocratie représentative »), Joël Mekhantar (« Le Devoir de résistance du fonctionnaire sous la IV<sup>e</sup> et la V<sup>e</sup> République »), Charalambos Apostolidis (« La Résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations unies »), et Anne-Hélène Béranger (« Décolonisation et droit des peuples selon le droit international ») convainquent que le droit de résistance

(qui n'est pas nécessairement à l'oppression) est partout, qu'il en existe de nombreuses formes, qu'au fond la résistance reste encore le meilleur moyen de protéger sa liberté, ses droits. Dans l'étude de Christophe de la Mardière, on comprend d'ailleurs bien que la résistance n'est pas que sociologique, qu'elle est aussi juridique, légale. Il y a bien là un droit contre le droit. Et si les frontières entre la résistance par l'impôt et la résistance à l'impôt tendent à se brouiller, c'est pourtant la première qui est la plus dangereuse. Quand elle apporte une légitimité à la révolte, elle peut menacer les fondements mêmes de l'État. « Or cette légitimité trouve ses origines dans une idéologie aussi ancienne que constante. Si des auteurs anciens ont condamné la fraude, ils ont reconnu le bien fondé de l'évasion fiscale et, par là même, le caractère tyrannique de l'impôt » (p. 94). Et Christophe de la Mardière d'affirmer que l'on pourrait en conclure qu'il n'y a pas de forme réellement fiscale de la résistance à l'oppression. « La révolte contre l'impôt cache une cause distincte et plus profonde que la seule contrainte financière. Pourtant, la résistance des peuples face à l'oppression fiscale peut être énorme et aucune forme de répression ne saurait en venir à bout » (p. 101). « L'examen des faits sociaux, de l'histoire, pas plus que le droit positif, ne nous permettent d'identifier un droit de résistance à l'oppression fiscale. Mais on a pu mesurer le poids sociologique considérable de l'impôt. Le droit n'est jamais que le miroir d'une civilisation, le droit fiscal y trouve un reflet particulier » (p. 101 et 102). Le tout est très argumenté, très fin. Quant à Éric Desmons — auteur d'une excellente thèse titrée *Droit et devoir de résistance en droit interne (Contribution à une théorie du droit positif)* (préface de Stéphane Rials) (Paris, LGDJ, 1999) —, il rappelle que pour les révolutionnaires du XIX<sup>e</sup> siècle, il était impérieux de réinventer une culture politique en dehors du monde étatique. Après s'être interrogé sur ce qu'est l'insurrection, il aborde la tyrannie de la représentation, tout en rappelant que pour Blanqui, « la démocratie électorale révèle, en même temps qu'elle l'affirme, la séparation de la société en deux classes antagonistes » (p. 107). « Il superpose à la distinction entre gouvernants et gouvernés celle des riches et des pauvres » (p. 107). C'est par ailleurs avec élégance que l'auteur présente une mythologie du chaos, un éloge de la force, puis qu'il note, dans une apostille sur la barricade, qu'il existait, selon Blanqui, une ligne de démarcation entre l'émeute (force réactive) et l'insurrection (puissance émancipatrice), « dont Hugo a parfaitement donné le sens dans *Les Misérables* : “De quoi se compose l'émeute ? De rien et de tout. D'une électricité dédagée peu à peu, d'une flamme subitement jaillie, d'une force qui erre, d'un souffle qui passe [...]. Il y a l'émeute et il y a l'insurrection ; ce sont deux colères ; l'une a tort, l'autre a droit”. L'insurrection blanquiste, c'est la puissance positive du chaos, cette “puissance du dehors” qui est “au centre de la pensée et du désir libertaire”. Mais ce qui distingue, pour Blanqui, l'émeute de l'insurrection, c'est le caractère inorganisé de l'une et la forme rigoureuse de l'autre. L'insurrection, c'est la métaphore politique de l'émeute ; c'est ce qui rend (re)présentable le peuple comme sujet de l'action » (p. 114). De la barricade, de l'émeute et l'insurrection, on passe au devoir de résistance du fonctionnaire sous la IV<sup>e</sup> et la V<sup>e</sup> République. Au-delà d'un droit de résistance difficile à mettre en œuvre, il existe un véritable devoir qui s'impose aux agents publics civils et militaires. Parce qu'il n'a notamment pas su résister à l'oppression imposée par l'occupant nazi, « l'“État Français” et certains de ses fonctionnaires ont été rattrapés par le droit de la République » (p. 119). L'affaire Papon a ainsi révélé les difficultés de

mise en œuvre d'un devoir de résistance à l'oppression à la charge des agents publics. En définitive, affirme Joël Mekhantar : « la résistance à l'oppression » s'apparente plus à une prescription touchant à la morale administrative ou à « la morale de l'administrateur » qu'à une véritable obligation juridique. On est ici plus près de la déontologie que du droit » (p. 120). C'est en toute hypothèse avec méthode qu'il relève que le principe de légalité doit l'emporter sur le principe hiérarchique, que le fonctionnaire ne peut désobéir à la loi pénale pour faire plaisir à ses chefs, qu'il existe un devoir moral de désobéissance aux actes d'oppression commandés par la loi, ou qu'il importe là d'envisager le rétablissement d'un principe de « juridicité » plus large que le principe de légalité. On frémit tout de même à l'idée que les opprimés potentiels sont à la merci de la morale des agents publics, de véritables fonctionnaires citoyens « capables de discernement », même si l'auteur rappelle qu'en se faisant « un devoir moral de résister aux ordres de leurs supérieurs, certains agents publics civils ou militaires, de toutes tendances, ont su montrer aux heures difficiles que servir l'État, c'était d'abord, contre les ordres d'une hiérarchie résignée, servir les valeurs de la République » (p. 130). Enfin, après que Charalambos Apostolidis ait à juste titre rappelé que la résolution 2625 du 24 octobre 1970 de l'Assemblée générale des Nations unies occupe une place de tout premier choix dans la problématique générale du droit de résistance à l'oppression, Anne-Hélène Béranger, dans son étude relative à la décolonisation et au droit des peuples selon le droit international, relève que la résistance en droit international s'enracine dans un droit tenu pour juste et originaire, « qui s'affirme face à une oppression d'origine étatique. Le droit contre le droit, le droit des peuples contre le droit des États » (p. 143). Pour elle, le droit international contemporain reste suspendu au bon vouloir des États (p. 154).

La troisième partie s'intéresse au caractère constitutionnel ou non d'un droit de résistance à l'oppression. Susan Tiefenbrun (« La Désobéissance civile et la Constitution des États-Unis »), Olivier Jouanjan (« Que dit la Loi Fondamentale en Allemagne ? »), Antonis Manidakis (« Que dit la Constitution grecque ? »), et Dominique Gros (« Le Droit de résistance selon la Résistance (1940 – 1946) ») portent leur regard sur la résistance dans le monde, et la résistance au siècle dernier. Cet intérêt à la résistance dans l'espace et le temps révèle une multitude d'informations encore trop méconnues. Par exemple, les États-Unis, qui ont été fondés à la suite d'actes de résistance et d'une révolution, cherchent un juste milieu (V. à cet égard, les arguments en faveur de la désobéissance civile (p. 171), et les arguments contre la désobéissance civile (p. 172)), tandis que selon la Loi Fondamentale en Allemagne, la désobéissance civile, même pacifique, n'est pas légitimée par le droit de résistance. « L'envers donc de la médaille de la résistance, c'est le devoir d'obéissance » (p. 197). Quant à la Constitution grecque, elle fait état d'une conception de la résistance comme « droit du peuple » faisant apparaître les tensions qui existent entre droit, morale, et politique. « Située au centre de ces tensions, la résistance subit les effets et incorpore toutes les oscillations des incessantes articulations (avec de mutuelles inclusions ou exclusions) du droit et de la violence » (p. 206). Reste le droit de résistance selon la Résistance où Dominique Gros pose la question suivante : « La Résistance de 1940-1944, dirigée à la fois l'occupant nazi et contre le régime de Vichy, fut-elle la mise en œuvre d'un droit de résistance à l'oppression ? » (p. 209). Pour lui, la réponse est négative, la Résistance n'ayant en effet aucun fondement dans les lois constitutionnelles de 1875. Un peu plus tard, il

s'interroge encore sur le point de savoir si la Résistance clandestine est une expression du droit de résistance à l'oppression (p. 215), tout en soulignant que la question n'a pas de sens juridique. À la fin d'une étude dense, précise, approfondie, il relève notamment que tous les développements qui précèdent présentent un inconvénient : celui de suggérer que « la Résistance » représente une notion et une action homogènes. Pourtant, ajoute-t-il, c'est vrai du point de vue « des mentalités collectives, par opposition à la collaboration », mais c'est faux sur le plan économique et politique (p. 219). Enfin, François Saint-Bonnet (« Droit de résistance et état d'exception »), Pierre Brunet (« Le droit est-il obligatoire ? La réponse positive à travers une analyse critique du "néoconstitutionnalisme" »), et Olivier Camy (« Droit naturel ou droit positif ? ») achèvent l'ouvrage par des questions théoriques incontournables. Pour François Saint-Bonnet, droit de résistance et état d'exception peuvent entretenir des relations éminemment intimes dans les discours politiques, juridiques et philosophiques (p. 225). Ceux-ci sont en effet les deux faces d'une même médaille ; six points très convaincants sont là envisagés par l'auteur : 1) Le droit de résistance se conçoit en des circonstances de crise, tout comme l'état d'exception. 2) Le droit de résistance entraîne une modification de l'ordonnement juridique actuel du pouvoir « au nom de sa préservation », tout comme l'état d'exception. 3) La résistance sollicite un droit supra positif (divin, naturel, coutumier ou autre) « pour lui conférer une assise juridique », tout comme l'état d'exception. 4) Le droit de résistance et l'état d'exception « aboutissent à confronter le droit au droit » (p. 227), etc. Il s'ensuit que le droit de résistance et l'état d'exception relèvent d'un même phénomène critique qui touche « le droit à l'existence » de l'État autant que celui du sujet –citoyen. Ils entretiennent souvent des rapports de *dépendance fonctionnelle* car ce qui affecte l'un n'est pas indifférent à l'autre, et de *mimétisme épistémologique* car le critère de l'entrée en résistance est le décalque de celui du basculement dans l'état d'exception » (p. 228). Dans un rappel des stratégies discursives communes aux deux phénomènes, il souligne d'ailleurs que l'arrêt « Langneur » du Conseil d'État du 10 novembre 1944 a posé deux conditions cumulatives au devoir de désobéissance, l'ordre du supérieur devant être « manifestement illégal », et porter « une atteinte grave au service public ». Ces principes figurent dans l'arrêt « Charlet » du 14 janvier 1964 tout en en modifiant la portée ainsi que dans l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 relative au statut des fonctionnaires. La désobéissance, note-t-il, doit être un ultime recours, « une nécessité absolue » (p. 237). C'est pourquoi l'auteur n'hésite pas à conclure que les procédés argumentaires des résistants « comme ceux des gouvernants dans l'état d'exception sont tellement liés qu'ils peuvent être utilisés pour soutenir l'une ou l'autre action. « Une loi suprême, celle de la nécessité, a mis au peuple de Paris les armes à la main afin de repousser l'oppression » » (p. 241). La question « Le droit est-il obligatoire ? » ensuite posée par Pierre Brunet est extrêmement intéressante. À défaut d'un caractère obligatoire, comment en effet comprendre l'idée d'un droit contre le droit à propos du droit de résistance ? Tout explique, dans ce cas, que nous pensions que le droit oblige, et que l'on perçoive une contradiction dès qu'il est question « d'un droit de résister au droit qui ne réclame rien d'autre que la soumission » (p. 245). Selon une opinion fort répandue, ajoute Pierre Brunet, « la réponse la plus ardemment affirmative à la question posée serait imputable au positivisme juridique, qu'il soit celui de Hobbes pour qui l'obéissance à la loi civile est une partie de la loi de nature ou de Kelsen pour

qui le droit serait un ensemble de normes valides, c'est-à-dire obligatoires » (p. 245). Ici, l'analyse du « néoconstitutionnalisme » à laquelle il procède le conduit à constater un mythe de la normativité, mais aussi que le positivisme épistémologique permet de comprendre que le raisonnement juridique n'est pas un raisonnement pratique, « que les normes ne sont pas déduites les unes des autres mais produites les unes par les autres et que l'on peut les décrire sans pour autant les accepter » (p. 257). Ici encore, c'est avec un argument d'autorité, le juriste, etc. (une distinction étant là opérée entre la connaissance des faits et la prescription des valeurs) que commence l'oppression à laquelle il faut résister (p. 258). Enfin, pour répondre à la question « Droit naturel ou droit positif ? », Olivier Camy relève qu'au bout du compte, « l'expérience de la résistance semble être expérience d'un sacré qui relève d'une foi sans dogme. Le paradoxe est que le résistant qui agit hors la loi (*ex lex*) agit simultanément par la loi (sans que cette dernière loi n'ait sa source dans l'ordre juridique étatique). C'est peut-être une des significations de l'assertion : « Toute autorité vient de Dieu » ; assertion dont on pourrait tirer l'idée, à l'inverse de Kant, qu'on doit désobéir à la loi tyrannique quelle qu'en soit l'origine. Dès lors, on admettra que la compréhension du droit de résistance qui n'est ni un droit naturel ni un droit positif nous amène finalement à refuser les oppositions classiques entre le droit et le théologique, la démocratie et le religieux, le comprendre et le croire... » (p. 275). C'est particulièrement bien dit, comme d'ailleurs tout ce qui est dit dans l'ouvrage.

Catherine PUIGELIER

Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La Doctrine*, Dalloz, 2004, 314 p. \*

Pour traiter de « la doctrine », de la doctrine juridique, c'est une conception délimitée et particulière que s'en font les professeurs Jestaz et Jamin, enseignant l'un à l'Université de Paris XII et l'autre à celle de Lille II et maintenant à l'Institut d'études politiques de Paris. Ils ne l'étendent pas à proprement parler à l'ensemble général des opinions savantes qu'à toute époque les juristes de toute tendance intellectuelle émettent sur le droit, mais, développant et systématisant un point de vue déjà proposé dans des articles antérieurs, ils y voient une catégorie située et spécifique, une sorte de communauté homogène et universitaire car formée principalement de professeurs auteurs d'œuvres juridiques, qui s'est constituée en France au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles en école dite scientifique tout en se voulant strictement juridique, qui s'est imposée en se dénommant précisément « la doctrine » et qui se prolonge encore aujourd'hui. Elle a toutefois pris corps à la suite d'une évolution historique que l'ouvrage commence par exposer. Son statut de fait est ensuite l'objet d'un examen critique. Ce modèle français à la fois intellectuel et social se trouve, par contraste avec un anti-modèle américain, finalement fixé dans son originalité.

Elle a des origines historiques, d'abord lointaines et succinctement rappelées, auxquelles il est même courant d'attribuer la qualification doctrinale largement entendue. Dans la Rome antique, les jurisconsultes ou jurisprudents contribuent, depuis l'époque

\* À titre exceptionnel nous publions ci-après deux comptes rendus du même titre car chacun éclaire d'un jour nouveau cet ouvrage important.

républicaine, à la création du droit, notamment du droit prétorien, puis deviennent, sous l'Empire, les conseillers des princes. Ils sont les véritables créateurs de la science du droit. Leurs œuvres, surtout celles des grands juristes des deuxième et troisième siècles, sont rassemblées, du moins en larges extraits, dans le volumineux Digeste faisant partie, avec le Code des constitutions impériales et le manuel des Institutes, de la compilation justinienne du VI<sup>e</sup> siècle. Au Moyen Âge et dans l'Ancien droit français, à partir du XII<sup>e</sup> siècle, les docteurs des nouvelles Universités et les jurisconsultes ressuscitent la réflexion juridique : glossateurs et post-glossateurs ou plus justement appelés bartolistes, qui font du droit romain redécouvert un droit vivant accommodé selon le *mos italicus* à la société de leur temps ; canonistes interprétant le décret de Gratien ; juristes humanistes de la Renaissance qui veulent retrouver le pur et authentique droit romain et en faire une étude historique ou pratiquer un *mos gallicus* le rendant par là moins actualisable ; juristes commentant les coutumes rédigées. Sous la Monarchie absolue, la pensée juridique décline, malgré deux personnalités : Domat, qui reconstruit dans une synthèse magistrale le droit romain sur la base du rationalisme et de la foi chrétienne, et Pothier, qui recherche les principes communs aux diverses coutumes, favorisant ainsi la généralisation de règles uniformes qu'établissent déjà partiellement les ordonnances royales.

L'instauration par le Code civil d'un droit nouveau, législatif et unifié, inaugure l'époque des origines proches d'une doctrine elle-même nouvelle et moderne, avec nombre de juristes savants qui marquent le cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans un premier temps, ils explorent le Code. Ils sont depuis lors regroupés dans l'école de l'exégèse, désignation rétroactive, conventionnelle et trop facilement péjorative. En réalité, dans leurs commentaires souvent très amples du Code, en usant d'une méthode analytique (Duranton, Demolombes, Troplong) ou sous une forme synthétique (Aubry et Rau dont le *Cours de droit civil* de 1839-1841 restera classique jusque dans le XX<sup>e</sup> siècle), par l'étude rigoureuse et comparée des articles, ils font ressortir les principes sous-jacents, découvrent la rationalité objective de l'ensemble, édifient une science du Code, du droit positif. Ensuite, dans le troisième tiers du siècle, sensibles à l'évolution historique et continue de la société, les juristes (Labbé, Saleilles) explorent la jurisprudence, celle de la Cour de cassation, non plus seulement pour conforter le Code, mais pour le compléter et surtout pour soumettre la partie vivante du droit à un examen doctrinal et introduire là encore la rationalité. D'autre part, dans le droit administratif qui, parallèle au droit civil, se développe et qui, loin d'être codifié, se compose de textes législatifs et réglementaires multiples et spéciaux, c'est le Conseil d'État qui, plutôt que l'Université, joue un rôle primordial par sa jurisprudence : ses membres (notamment Laferrrière) discernent des orientations permanentes sous les dispositions contingentes et dégagent des règles jurisprudentielles qu'ils enseignent éventuellement sans exclure les professeurs universitaires dont l'importance va grandir.

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, s'opère une profonde transformation. La doctrine des jurisconsultes, comme on disait auparavant, devient purement et simplement, selon la dénomination qu'elle se donne, « la doctrine », qui domestique l'espace juridique par une double prise de pouvoir à la fois juridique et scientifique. Elle élabore une théorie nouvelle et pluraliste des sources du droit, où elle voudrait s'introduire. Il apparaît alors, comme le montre Gény (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé*

*positif*, 1899), que la loi, la règle législative a perdu son tout-puissant monopole, son pouvoir, depuis la codification, d'être, au nom de la souveraineté de la nation en accord de principe avec celle de la raison, la source exclusive et prestigieuse du droit, à laquelle doivent se subordonner les juges et les auteurs, et que la méthode qualifiée d'exégétique, critiquée pour son attachement tenu pour trop littéral aux articles du Code, n'est plus suffisante pour encadrer juridiquement la vie sociale. Si la loi reste assurément la source primordiale et prépondérante du droit, il faut y ajouter, à titre certes subsidiaire, sous diverses nuances selon les auteurs, la coutume et aussi la jurisprudence dans les lignes régulatrices d'orientation que celle-ci juge opportun de suivre. Quant à la doctrine, elle se présente, non pas comme une source véritable de droit puisqu'elle ne dispose pas d'un pouvoir de décision, mais comme une autorité, c'est-à-dire comme augmentant la valeur qualitative du droit : placée après les autres sources à un rang officiellement modeste, sans compétence pour participer au processus formel de création du droit, elle semble cependant exercer une sorte d'hégémonie officieuse en accomplissant le travail nécessaire d'explicitation de la loi et du droit.

Elle confirme sa position en construisant sa propre identité dans le domaine du savoir, où elle donne tout son effet au caractère pleinement autonome et systématisé de la science juridique. En ce dernier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle, les juristes sont contemporains de l'essor des sciences sociales, et notamment de la sociologie, soumettant les faits sociaux à une observation qui veut leur rester extérieure par exigence méthodologique. S'ils éprouvent d'abord à leur égard une certaine attirance, ils y pressentent bientôt le risque de laisser libre cours à l'arbitraire du juge, de dissoudre le droit dans le factualisme, d'entraîner un nihilisme juridique. Ils ont le souci de sauvegarder la normativité du droit avec la certitude et la sécurité qui lui sont inhérentes, tout en s'appuyant sur la réalité juridique que représentent la loi ainsi que la jurisprudence, laquelle leur tient lieu de sociologie. Ayant écarté l'exégèse, mais considérant le droit de l'intérieur et en lui-même, ils entendent le munir d'armatures fermes, l'ordonner dans des structures scientifiquement objectives, où les sciences sociales sont admises comme simplement annexes et sans porter atteinte à la substantialité juridique : après diverses tentatives, ils y parviennent presque naturellement en donnant une plus grande force à la science même du droit, par l'édification de systèmes, de théories générales de haut niveau scientifique. Le modèle en est inauguré par Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, 1899, la même année que l'ouvrage précité de Gény), suivi dorénavant par les juristes civilistes (Planiol et Ripert, Capitant et Colin et bien d'autres auteurs), par les autres juristes de droit privé notamment commercial ou international et par ceux de droit public (Duguit, Hauriou, qui ne restent pas toutefois indifférents à la sociologie). Telle est l'école dite scientifique, faisant connaître un droit parfois qualifié dogmatique, c'est-à-dire exposé et enseigné par les professeurs, dont s'impose le magistère doctrinal.

Ainsi constituée dès les premières années du XX<sup>e</sup> siècle dans sa forme devenue classique, la doctrine, peu modifiée depuis lors, conservant la même inspiration, s'est donné un statut implicite mais effectif, concernant ses composantes et ses fonctions.

Elle comprend des juristes de métier, et parmi eux les professeurs qui en sont les représentants de beaucoup les plus importants en raison de leur grande aptitude à théoriser le droit et sans doute aussi grâce à leur indépendance statutaire et intellectuelle. Elle concentre son attention sur le droit positif, et donc sans avoir à s'attacher du moins

directement à l'étude de disciplines telles que l'histoire du droit, la sociologie juridique, la science économique, ni d'autre part à la réflexion métaphysique, métajuridique, à la philosophie du droit. Elle s'exprime dans les traités plus ou moins volumineux, les manuels, les commentaires de lois ou de jurisprudence, les articles de revues juridiques, les ouvrages et essais divers et même dans les cours professés devant les étudiants, où partout se retrouve un état d'esprit commun, la même méthode d'argumentation, le même langage technique. Formés par l'enseignement universitaire, peuvent aussi participer à la doctrine d'autres juristes : magistrats, surtout ceux de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, non pas dans les arrêts qu'ils rendent, mais par les rapports et conclusions qu'ils présentent sur les affaires soumises à ces juridictions ; praticiens, notaires, avocats, fonctionnaires, élaborant une documentation professionnelle et produisant des travaux sur des matières spéciales dont ils sont familiers. Pour le droit administratif, avec le modèle plus théorique des professeurs coexiste le modèle plus pragmatique des conseillers d'État dans un dualisme peut-être plus institutionnel qu'intellectuel. Considérée dans son ensemble, la doctrine est nationale, française par la langue elle-même dont elle se sert et par le droit étudié, tout en s'ouvrant éventuellement sur l'extérieur avec les juristes de droit international et de droit européen.

La doctrine remplit d'abord et principalement une fonction d'opinion, effectuant sur le droit positif créé par la loi et la jurisprudence un travail de présentation savante et de construction intellectuelle. Ainsi doit-elle déjà identifier les matières par la mise en lumière d'un objet commun à divers textes législatifs même regroupés dans des codes officiels (nouveau code de commerce de 2000 remplaçant celui de 1807, code des assurances, code de la consommation, etc.) et opérer entre elles une séparation pratiquement nécessaire (liquidation des régimes matrimoniaux et successions des personnes mariées) ou inévitablement artificielle (la société civile est un contrat de droit civil mais proche des sociétés commerciales). Il faut encore mettre en ordre ces matières, trouver un plan logique et scientifique donnant un fil conducteur qui commande les subdivisions ; faire ressortir les principes induits de règles particulières et conduisant par déduction à d'autres applications (le principe de l'*infans conceptus*... dégagé du droit légal pour l'enfant posthume d'hériter de son père et susceptible d'une application plus large sous réserve du reste de certaines exceptions) ; édifier des théories plus ou moins générales permettant de fournir une explication cohérente des solutions positives et de guider les orientations futures (théorie générale des contrats, ou théorie plus spéciale du contrat de vente ou même de vente immobilière à partir du code civil et de l'ensemble de la législation). Cette opinion doctrinale peut aussi prendre position, se livrer à un examen techniquement critique du droit positif et suggérer des réformes législatives ou jurisprudentielles éventuellement adoptées par la suite (Aubry et Rau et la théorie du patrimoine, Demogue et la distinction des obligations de moyens ou de résultat). Parfois, un juriste est choisi par le pouvoir politique afin de participer directement à l'élaboration de projets législatifs (Carbonnier et les réformes du droit des personnes et de la famille dans les années 1965-1975). D'autre part, mentionnons l'existence de centres et laboratoires de recherche juridique, dont les travaux expriment une certaine opinion collective.

Sur cette fonction d'opinion se greffe une fonction de légitimation. À travers son œuvre d'explicitation savante, la doctrine contribue à légitimer le droit positif, l'ordre juridique dans son ensemble. Tout particulièrement, quand intervient une nouvelle



législation, elle en fait un commentaire qui, favorable ou défavorable, représente une forme de reconnaissance juridique : par l'analyse même du texte elle donne un assentiment au moins implicite à la loi examinée et interprétée en tant que droit positif. Elle joue en quelque sorte le jeu des juristes. Tel a été le rôle tenu par les premiers commentateurs du Code civil de 1804 auquel ils ont habitué la société française au début du XIX<sup>e</sup> siècle, ou plus récemment par ceux qui ont expliqué la loi du 15 novembre 1999 créant le pacte civil de solidarité (PACS) et dont les commentateurs tendent à délaïsser la critique politique ou morale pour insister sur les règles techniques. Un cas extrême est cependant mentionné, celui des deux lois successives du régime de Vichy établissant un statut des juifs en 1940 et 1941, statut fondamentalement inacceptable, annulé dès 1944, mais formellement valable et appliqué par les tribunaux pendant cet intervalle de temps : s'il n'a guère fait alors l'objet d'études, comment aurait-il été considéré dans l'hypothèse d'une implantation durable ? D'une manière générale et normale, la doctrine prend en compte la législation nouvelle, ou le changement de jurisprudence, soit en rattachant une modification limitée à des notions souples déjà existantes (comme le mandat tacite, la gestion d'affaires), soit, s'il s'agit d'une innovation importante, en reconstruisant la matière et en renouvelant les théories (la responsabilité générale du fait des choses qui, depuis la jurisprudence de 1930 s'ajoute à celle prévue spécialement par le Code civil du fait des animaux et des bâtiments, le PACS étudié depuis la loi de 1999 comme un sous-mariage). Elle intègre les nouveautés dans un système juridique lui-même à nouveau légitimé par une argumentation rationnelle.

En même temps et par contrecoup, la doctrine est présentée comme ajoutant à celle du droit positif la légitimation qu'elle se donne à elle-même de son propre pouvoir doctrinal, et d'abord du magistère professoral exercé sur les étudiants, donc aussi sur les anciens étudiants, et susceptible de se laisser dériver vers un magistère moral en principe distinct de la compétence juridique, bien qu'on puisse toutefois s'interroger, comme le suggérait déjà l'existence temporaire d'un statut des juifs, sur les rapports de la morale et du droit, et par exemple sur l'institutionnalisation de l'homosexualité et peut-être, le cas échéant, sur celle de l'inceste ou de la polygamie. Mais les deux auteurs de l'ouvrage ici recensé s'attachent à mettre l'accent sur un autre magistère, sur un pouvoir doctrinal à usage interne. Pour eux, il est certain que la doctrine, c'est-à-dire, strictement entendue, celle qui s'est formée en France au début du XX<sup>e</sup> siècle, se dote d'un pouvoir qu'elle exerce à l'intérieur d'elle-même et qui légitime son existence en tant qu'elle se désigne comme étant « la doctrine ». Elle représente une élite savante composée à peu près exclusivement de professeurs, une communauté universitaire et scientifique presque autonome, qui se constitue elle-même par son mode de recrutement et de sélection, qui possède ses traditions, ses rites sociaux, ses règles implicites et respectées quant aux traits caractéristiques des œuvres qu'elle produit, et dont les membres, malgré leur individualisme et les divergences de leurs opinions, pratiquent entre eux une reconnaissance mutuelle, se comportent et s'expriment comme faisant partie d'un même corps professoral, comme appartenant à une sorte de corporation. Cependant, cette conception de la doctrine n'est pas partagée par tous les membres de cette doctrine : l'affirmation de l'« entité doctrinale française », avancée déjà dans un article antérieur (*D.*, 1997, chron., p. 167), a été aussitôt contestée par une « Antithèse de l'entité » (*L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, D.*, 1997, chron. p. 229). Mais c'est bien l'idée directrice qu'ont

suivie les deux auteurs au cours de leur ouvrage et qui les conduit à cette conclusion, fournissant l'occasion de reprendre le débat.

À titre complémentaire et pour marquer la particularité de cette doctrine française, ils présentent l'exemple contraire d'un pays étranger. Ils ne se tournent pas vers les pays germaniques, vers l'Allemagne, où, à la suite du pandectisme et de la *Begriffsjurisprudenz*, existe un *Professorenrecht* qui, avec une abstraction juridique et une organisation professorale encore plus poussées, pourrait appuyer l'idée d'une doctrine dogmatique mais devrait atténuer l'originalité française. Ils laissent explicitement de côté, dans les pays de *common law*, la méthode anglaise purement casuistique, peu propice à la théorisation. Ils considèrent les États-Unis, pays de *common law*, mais où, à partir d'une situation comparable à celle qui s'est produite en France, l'introduction des mêmes nouveaux courants intellectuels donne lieu à des effets tout différents. Bénéficiant depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle d'un grand prestige universitaire, les professeurs américains (Langdell, Ames) s'appliquent d'abord à découvrir des principes théoriques et systématisés qu'ils dégagent de précédents judiciaires sélectionnés, à la manière des exégètes français qui les dégagent du Code législatif. Mais, aux environs de 1920, cette méthode est critiquée pour son formalisme par les réalistes (Holmes, Roscoe Pound qui évoluera ensuite) au nom d'une approche empirique et concrète du droit, d'un pragmatisme du reste très diversifié. Elle subit aussi la concurrence des sciences humaines et sociales : celles-ci acquièrent une influence prépondérante dans les Universités et, parvenant à prendre place dans le domaine juridique, elles traitent du droit selon leurs différents points de vue. Dès lors, la méthode proprement doctrinale des purs juristes (*doctrinal analysis, doctrinalism*) est certes pratiquée, mais elle coexiste avec d'autres méthodes qui, dans l'étude universitaire du droit (*legal scholarship*), ressortissent à la sociologie, à l'histoire, à la philosophie, à la psychologie, à l'économie. Il n'y a pas l'unité spécifique de la doctrine française.

Tel que le définissent les deux auteurs de l'ouvrage, le modèle français, comme ils le reconnaissent eux-mêmes, a magistralement réussi à structurer le droit positif, mais, à leur avis, semble devoir aujourd'hui se tempérer parce que devenu trop systématique et difficilement capable de maîtriser la prise en compte d'un droit européen comme aussi la diversité croissante des branches du droit correspondant à celle de la société. Il faudrait conserver la technique doctrinale, traditionnelle et nécessaire, mais en la détachant de ce qui a pris le nom de « la doctrine ».

Jacques DAGORY

C'est George Elton Mayo qui a, en psychologie sociale, découvert l'importance du climat d'un groupe sur les répercussions des conduites individuelles (1928 1929). Mayo a ainsi mis en relief que l'individu réagit aux conditions pratiques de son milieu « en fonction de la manière dont il les éprouve ». Par la suite, deux niveaux de fonctionnement dans les groupes ont été dégagés : l'un opératoire, centré sur la réalisation de la tâche, l'autre socioaffectif, attaché à « la gestion des rapports interpersonnels et leurs enjeux identitaires » (V. à cet égard, Robert Bales, 1950, Wilfred Bion, 1961) (V. encore, H. H. Kelley et J. W. Thibaut, 1954). Ici, l'opératoire est conscient, mobilise l'intelligence et la rationalité des membres du groupe. En revanche, l'autre niveau, centré sur le groupe, est plus affectif, irrationnel, inconscient. Par ailleurs, la psychologie

sociale a démontré qu'à plusieurs on n'est pas toujours meilleur, et que le groupe n'est pas nécessairement un lieu privilégié pour raisonner juste (V. E. Burnstein et A. Winokur, 1977, G. W. Hill, 1982). Mais il y a plus. Des pressions à l'uniformité sont constantes dans tous les groupes (L. Festinger, 1950), ces pressions présentant tout à la fois des avantages comme la réduction de l'incertitude et de l'anxiété pour un travail plus serein, mais également des désavantages comme le refus de considérer les alternatives, l'ennui, la stéréotypie, la rigidité, le rejet de la libre pensée ou de la nouveauté (V. notamment, D. Frey, S. Schulz-Hardt et D. Stahlberg, 1995). Ce sont tous ces cas de figure de la psychologie des groupes que présente ce très bel ouvrage de Philippe Jestaz et Christophe Jamin sur « La doctrine ».

Alors qu'à compter de 1850, la doctrine française s'était fondée « sur le primat de la dogmatique », celle-ci s'est, à partir des années 1920, identifiée « à une certaine manière française (une école française ?) distincte de celle adoptée par les autres pays *doctrinaux*, qui sont en substance les pays romanisés ». Le groupe est là constitué, il est opératoire mais aussi socioaffectif (les membres de la doctrine se regardent, se reconnaissent, s'apprécient, se félicitent, se stigmatisent, se détestent). L'opératoire fait appel à la rationalité, tandis que ce qui est centré sur le groupe, c'est-à-dire sur la doctrine, est plus irrationnel, inconscient. Pour comprendre ce qui a permis d'en arriver là, les auteurs envisagent tout d'abord les origines historiques du concept français de la doctrine (de Rome au XX<sup>e</sup> siècle inclus) (1<sup>re</sup> partie). Ici, sont examinés les docteurs à Rome, les docteurs de l'Ancien droit français, et plus spécialement les docteurs du bas Moyen-Âge (du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle), les docteurs des temps modernes (du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle), mais encore les glossateurs, les juristes coutumiers, deux précurseurs du Code civil, Jean Domat, Robert-Joseph Pothier, etc. Les docteurs face au nouveau droit positif, les nouveaux arrêttistes, etc., précèdent la domestication de l'espace juridique au XX<sup>e</sup> siècle entre les mains de l'école française. Théorisation explicite des sources du droit, et construction implicite de l'identité doctrinale s'ouvrent alors à la science du droit. À ce point donné, les membres du groupe doivent être plus précisément désignés afin que le climat de celui-ci influe sur les comportements individuels. Un statut de ceux-ci, de la doctrine française, s'impose alors (2<sup>e</sup> partie). Ainsi, des juristes de métier, des juristes indépendants qui s'appuient sur un support, c'est-à-dire la doctrine publiée et celle qui ne l'est pas, nous convainquent que parmi tout cela, il y a la position dominante des universitaires satellisés d'autres auteurs sans que les uns ni les autres ne portent un regard suffisamment appuyé sur d'autres pays que la France. C'est qu'effectivement on ne raisonne pas nécessairement mieux en groupe. Pourtant, les membres de la doctrine sont regroupés, rassemblés pour être plus opératoires, pour former une école à même de mettre en place une science du droit, la fonction de la doctrine consistant en une présentation savante du droit positif ainsi qu'un examen critique de celui-ci. Et l'exercice n'est pas sans incidences, car il est ici question d'une fonction d'opinion, d'une fonction de légitimation, c'est-à-dire de la charge de juger et au besoin de légitimer le droit positif à l'aide d'analyses qui accordent un pouvoir intellectuel considérable à ceux qui les ont faites. Ici donc, le regroupement, le rassemblement permettent une légitimation du droit ainsi qu'une autolégitimation du groupe, de la doctrine, d'une efficacité redoutable. Ici encore, la psychologie sociale trouve un nombre considérable d'éléments pour confirmer quelques grandes lignes de pensée. Si les psychologues ne sont pas non plus à l'abri

d'erreurs de jugement, de biais de confirmation, de biais d'appariement, etc., ils ont l'avantage de mettre en exergue les mêmes dissonances cognitives commises par ceux qui, tout comme eux, s'adonnent à une activité intellectuelle dans d'autres disciplines. Au sein de la doctrine, on trouve d'admirables capacités à raisonner, à permettre d'y voir plus clair, à sérier, à critiquer, à faire avancer les choses, mais aussi d'incontestables capacités à résolument rester dans le groupe, à maintenir une rigidité, à empêcher tout simplement de penser. Festinger, en 1950, l'a souligné, les pressions à l'uniformité sont constantes dans les groupes, ces pressions réduisant l'incertitude, l'anxiété de ses membres, favorisant un travail plus serein, mais tout en accroissant la stéréotypie, la rigidité, le rejet de la libre pensée, de la nouveauté. Dans le très intéressant ouvrage de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, on peut relever des phrases rafraîchissantes comme : « Il est fréquent d'entendre dire, à propos d'un écrit juridique, qu'il "n'est pas vraiment de la doctrine", en d'autres termes qu'il n'a pas une qualité suffisante. Le jugement de valeur se veut ici jugement de fait, qui emporte l'exclusion de la catégorie. Pareille exclusion, notons-le d'emblée, n'a jamais lieu pour d'autres sources du droit. Même les auteurs qui critiquent avec virulence une loi comme obscure, contradictoire et absurde n'auraient pas l'idée de prétendre qu'elle n'est pas une loi ! » (p. 187), ou « En ce sens, tout discours *explicatif* du droit aurait alors un caractère doctrinal, quelle qu'en soit la qualité »... « Où finit [...] la paraphrase et où commence la réflexion proprement créatrice ? Il n'existe scientifiquement aucun critère qui permette de tracer la frontière » (p. 187). On peut encore découvrir un autre préjugé, une autre rigidité des années 1960 comme le fait que : « Certains candidats à l'agrégation se voyaient encore reprocher d'avoir publié à *La Semaine juridique*, considérée à l'époque comme moins gratifiante (sans doute parce que moins ancienne) que le *Recueil Dalloz*, alors qu'en fait les deux revues avaient à l'évidence un niveau similaire ! De nos jours, ces préjugés ont reculé et de grands auteurs n'ont pas craint d'œuvrer en ce sens, adressant leurs écrits à des revues hebdomadaires ou pluri-hebdomadaires peut-être moins cotées que d'autres, mais qui, moins encombrées aussi, offrent l'avantage d'une publication rapide et sans limitation de volume » (p. 189). Enfin, des biais de rigidité, de stéréotypie inhérents à tout mouvement groupal sont signalés par des observations relatives à la question du recrutement qui passe pour brûlante : « bon nombre de professeurs restent attachés à un modèle prestigieux qui pourtant ne fonctionne plus de façon satisfaisante, car ils persistent à y voir, en dépit du démenti infligé par nombre de pays étrangers, le seul moyen de préserver la qualité de l'enseignement et de la production scientifique » (p. 196), ou des phrases comme : « Par là les professeurs de droit s'affirment comme les principaux détenteurs d'un savoir juridique spécifique propre à canaliser les débordements nouveaux du droit tout en leur permettant de résister aux sociologues, mais avec cet inconvénient de rejeter les sciences sociales hors de la sphère du droit. La doctrine s'est vue enfermer dans l'édification de théories générales à plus ou moins grande échelle, c'est-à-dire isolée des autres branches du savoir en même temps que cantonnée dans un face à face avec les praticiens. Et la prise en compte de la jurisprudence lui a tenu lieu de sociologie... » (p. 303), ou encore : « Nombre de juristes ont confusément l'impression qu'il leur faudrait tout à la fois plus de faits et davantage d'idées générales ou transversales » (p. 305). Dans toutes ces hypothèses, la rigidité de la doctrine, mais aussi, cela n'échappe pas à l'ouvrage, toute sa richesse, sont révélées par la position dominante des

universitaires, les rites d'écritures, les rites d'analyse, comme la technique du plan, la recherche de principes, de la critique, etc.

Mais il y a un point, semble-t-il, encore plus important que soulignent Philippe Jestaz et Christophe Jamin, et qui confirme que l'on ne raisonne pas toujours mieux en groupe, que l'on peut même raisonner plus mal. Ce texte passionnant rappelle, en effet tout en le déplorant, que la philosophie du droit, même si l'on peut contester la séparation artificielle entre matières, n'a pas en France la place qu'elle mériterait. Certes, fort heureusement, il y a de très belles études qui considèrent le droit positif comme un simple point de départ permettant de se consacrer « aux sources du droit, à son objet, à son histoire, à ses méthodes » (p. 214), etc. ; il en est ainsi des œuvres puissamment notionnelles de Gény, Ripert, Carbonnier, et de bien d'autres, mais dans le domaine de la philosophie du droit, il existe incontestablement, soulignent les auteurs, une communauté internationale dont les Français, à de rares exceptions près, ne font guère partie (p. 214). C'est là tout le paradoxe de la doctrine française que de vouloir s'investir dans une dogmatique, tout en refusant (trop souvent) d'aborder les branches du droit avec un regard plus général, plus méthodologique, plus philosophique. Ici, l'introduction générale au droit n'a d'ailleurs pas non plus la place qu'elle mériterait. La doctrine est-elle là dans l'opérateur, le rationnel, le socio-affectif, l'irrationnel, l'inconscient ? Autant de questions que ce livre invite à se poser.

Certes, il pourrait être relevé que ces dernières années ont vu la création d'enseignements de philosophie ou de théorie générale du droit, de nouvelles collections, de nouvelles revues comme *Droits (Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques)*, mais il ne s'agit là que « d'une impulsion, qui met la France encore très loin du centre de gravité de la communauté internationale des théoriciens et philosophes du droit, en l'occurrence les États-Unis et peut-être l'Allemagne » (p. 214). C'est d'ailleurs le modèle en vigueur aux États-Unis, qualifié d'anti-modèle par facilité de langage, qui occupe la troisième partie de ce livre. Dans cette République fédérale, la doctrine au sens où l'entendent les juristes français est absolument inconnue du *common law* anglais (p. 265). Le prestige universitaire aux États-Unis est une réalité nord-américaine, il fut même une époque « où l'on pouvait dire que le titre de doyen de la célèbre Faculté de droit de l'Université Harvard comptait plus que celui de n'importe plus que celui de n'importe quel autre juriste aux États-Unis, à l'exception de celui du juge à la Cour suprême ! » (p. 267). Mais pour autant, il n'y a pas de doctrine « au sens où nous l'entendons » (p. 303). En effet, aux États-Unis, le réalisme a mis un terme « à la prétention qu'avait (Langdell) de définir par un critère monolithique ce que doit être le bon travail doctrinal (« *the criterion of good scholarship* »), consistant peu ou prou à réduire le droit à une série de principes fondamentaux en attente de systématisation. Par là, les réalistes apprenaient aux juristes dogmaticiens une certaine forme d'humilité intellectuelle... » (p. 283). Pour le dire d'un mot, il peut exister une conception pluraliste de la science du droit, la mission de la doctrine n'étant pas une caractéristique « intemporelle ni universelle du droit savant ». Et Philippe Jestaz et Christophe Jamin de conclure : « l'école française, gardienne de la bonne solution juridique, mais aussi de la bonne méthode pour y parvenir voire « gardienne du temple » selon l'expression de M. Catala s'est précisément construite pour éviter aux juristes hexagonaux de frissonner. D'autres, outre Atlantique l'ont fait pour eux et il est aujourd'hui possible de tirer le

bilan de leur expérience : la dogmatique est certes irremplaçable car, réalisée avec soin, elle permet de clarifier les débats, ce qu'auraient suffi à prouver plusieurs siècles de dogmatique réussie ; elle est un point de départ, non un point d'arrivée. C'est peut-être là un argument suffisant pour conserver la méthode doctrinale, cependant qu'il faudrait abandonner son substantif, d'invention plus récente, mais qui a pour défaut d'annihiler le pluralisme. La doctrine : 1899... » (p. 306). Un délice à lire !

Catherine PUIGELIER

Alain Berthoz, *La Décision*, Paris, Odile Jacob, 2003, 391 p.

Pour Alain Berthoz, Professeur au Collège de France et directeur du laboratoire de physiologie de la perception et de l'action (CNRS Collège de France) : Percevoir, c'est décider. Dans un magnifique ouvrage sur « La décision », l'auteur s'interroge sur ce que produit notre cerveau, et plus encore s'interroge sur les bases neuronales des fonctions les plus élevées de la cognition. Plus simplement, il est, dans ce livre, question de connaître la façon de prendre une décision tout en gardant « la tête froide » afin d'évaluer ses chances de succès ou d'échec. Ici, la décision ne serait-elle pas plus action que raison ?

Quatre parties excellemment développées (Première partie, La décision est-elle rationnelle ou irrationnelle ? ; Deuxième partie, Décider avec mon double ; Troisième partie, Décision, perception et préférence ; Quatrième partie, La pensée magique) permettent de parcourir nos facultés décisionnelles, celles qui nous permettent de nous exprimer, de reconnaître un individu, de marcher, nous enfuir, de comprendre..., plus simplement de vivre. C'est là qu'Alain Berthoz présente les différentes théories sur la rationalité ou l'irrationalité d'une décision (théories normatives, descriptives et prescriptives, théorie du « prospect », théories psychologiques des émotions, théories inspirées par la phénoménologie, théories cognitives et théories de l'appréciation, mais aussi théories relatives à la pathologie de la décision) (p. 19 à 100). Rien n'est oublié : la physiologie du doute, la physiologie de la préférence, la physiologie de la peur, la physiologie de l'hésitation, l'inhibition et le raisonnement logique, l'espace et la décision, les raisonnements déductif et probabiliste, etc., sont étudiés avec soin (p. 177 à 341). On découvre ainsi que le cerveau est parieur, joueur, sensible, ému. On apprend encore que la perception visuelle n'est pas « un processus absolu, c'est un mécanisme probabiliste » (cf. p. 184), ou que la construction de contours est illusoire, puisque « le cerveau, même en l'absence de contrastes physiques, construit en effet des contours illusoire... Cette illusion perceptive [provenant] d'un mécanisme de traitement visuel à un stade très précoce » (cf. p. 191 et 192). Et Alain Berthoz d'ajouter : « La connaissance biaise donc fondamentalement ce que l'on voit. Des structures du cortex, tel que le noyau précuneus par exemple, sont activées lorsque le cerveau imagine une scène visuelle en l'absence d'objet réel. Ainsi, Fletcher a appelé cette structure l'« œil de l'esprit » (the Mind's eye). Percevoir, c'est décider ce que l'on veut voir » (cf. p. 194 et 195). Le juge, le justiciable peuvent puiser là une source intarissable et enrichissante de regards sur ce que signifie juger, prendre une décision, interpréter, apprécier, statuer. Le calcul du pour et du contre, le jeu de la demande et de la défense sont, dans ce beau

livre, remis en cause. L'argumentation des parties perd alors de son importance lorsqu'on lit que le cerveau a besoin de remplissage, c'est-à-dire de compléter le monde visible si celui-ci ne fournit que des informations partielles. Même si le remplissage n'est pas vraiment un processus de décision, il est tout de même un processus qui crée « un percept à partir des informations de voisinage. Il est déjà interprétation du monde visuel et peut être le reflet d'une activité plus générale de sélection, d'*inférence* et d'une certaine indépendance de la perception par rapport à la réalité physique » (cf. p. 196). En un mot, il n'y a pas de perception qui ne soit déjà un choix, ce choix se traduisant par des processus de sélection « au niveau même des premiers relais visuels ». « Percevoir, c'est choisir. Et choisir, c'est décider » (cf. p. 198). Mais si la décision d'un juge, celle qui répond aux arguments des parties, n'est pas toujours celle que l'on croit, c'est que l'acte fautif, l'acte criminel d'un individu n'ont pas toujours été non plus commis consciemment. On aurait donc un justiciable qui n'agirait pas vraiment consciemment, et un juge qui serait nécessairement soumis à des raisonnements biaisés, des choix tirés de simples perceptions entourés de remplissage, etc. Sous cet angle, l'interprétation du droit, ou plus simplement l'application de celui-ci seraient bien étranges, aléatoires. L'idée est particulièrement intéressante, mais comme le souligne Charles Darwin en tout début de livre : « Il est toujours recommandé de percevoir clairement notre ignorance » (*The expression of emotion in man and animals*, préface de Margaret Mead, New York, Philosophical Library, 1955, p. 67). Ici, il est peut-être aussi recommandé de ne voir qu'un regard parmi d'autres sur la décision. Car au fond c'est la question débattue par les philosophes depuis plus de vingt siècles qui est là étudiée par Alain Berthoz. D'un côté, il y aurait le déterminisme, de l'autre le « libertisme » (H. Bergson, Compte rendu du premier Congrès international de philosophie, 1900, *Revue de métaph. et de morale*, vol. VIII, p. 661), c'est-à-dire le libre arbitre. Mais à la question, l'organisation de notre cerveau est-elle alors un instrument de liberté ou de servitude ? L'ouvrage ne peut répondre.

Catherine PUIGELIER

Simone Gaboriau et Hélène Pauliat (Textes réunis par), *Le Temps, la justice et le droit*, Limoges, PULIM, 2004, 373 p.

Dans un courrier du 21 octobre 1955, Albert Einstein écrivait : « Pour nous autres, physiciens convaincus, la distinction entre passé, présent et futur n'est qu'une illusion, même si elle est tenace ». Pour nous autres, juristes, la solution est tout autre : la distinction entre passé, présent et futur nourrit le droit. La prise de conscience du temps est toujours présente ; qu'il s'agisse d'une illusion ou non, que celle-ci soit tenace ou non, peu importe, les rapports entre justiciables ne reposent que sur ce qui s'est passé, ce qui se passe et ce qui devra désormais se passer. Sur un plan psychologique, le juriste, on le sait, a horreur du vide, il lui faut situer dans le temps ce qu'il conceptualise. C'est précisément parce qu'il écarte toute béance, rappelle que notre vision du monde est une constante interprétation, met en perspective les lois du remplissage psychologique, qu'il convient de recommander la lecture de ce très bel ouvrage titré : « Le temps, la justice et le droit » dont les textes ont été réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat. Le

manuscrit, placé sous le haut patronage du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, fait suite à des rencontres qui ont souhaité poser les grandes lignes d'une réflexion fondamentale sur le rôle de la Justice à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle (cf. la quatrième de couverture). Après des manifestations sur l'éthique des gens de justice, la justice pénale internationale, la justice et la démocratie, l'association « Les Entretiens d'Aguesseau » ont entrepris, les 20 et 21 novembre 2003 (à Limoges), de s'intéresser au temps judiciaire qui, au risque d'une atteinte à des droits fondamentaux, s'accorde parfois mal avec la rapidité.

L'ouvrage, rédigé en hommage à Jean Carbonnier, est composé, outre d'une préface sur le juge et le temps de Yann Aguila, d'un avant-propos de Simone Gaboriau ainsi que d'une évocation de Jacqueline Hoareau sur Henri-François d'Aguesseau et le temps de la justice (affaire de La Pivardière), de deux parties ayant trait, l'une, aux temps de la loi et de la justice, l'autre, à la concordance des temps. Les développements ici présentés sont si intéressants qu'ils doivent être tour à tour rappelés. Paul Martens (« Combien de temps faut-il pour que les lois fondamentales vivent et imprègnent la culture législative ? »), Jean-Marc Sauve (« Combien de temps faut-il pour faire une bonne loi ? »), Marie-Aimée Latournerie (« La codification, condition de pérennité et d'intelligibilité de la loi ? »), et François Ost (« La vie de la loi, l'usure du temps ; le droit transitoire des modifications jurisprudentielles ») s'interrogent sur les temps de la loi et de la justice à partir d'une interrogation sur la façon de faire naître et garder l'esprit des lois (chapitre I). Les propos sont justes, convaincants. Et François Ost de souligner à propos des revirements de jurisprudence : « Tout se passe comme si un voile pudique recouvrait cette question qu'on semble seulement "redécouvrir" à l'occasion de telle ou telle espèce particulièrement embarrassante » (p. 103), « Impossible d'en taire la rétroactivité des décisions de justice » (p. 103), « Pareil conflit ne s'accommode pas de solutions toutes faites, de positions monolithiques radicalisant *a priori* le respect dû à l'une des valeurs en présence. À ce confort doivent être substituées des appréciations au cas par cas, qui ne peuvent prétendre qu'à un équilibre imparfait et toujours précaire des intérêts en présence : le moins pire plutôt que le mieux. Mais n'est-ce pas précisément le propre de la fonction de juger : décider sur fond d'indécidable ? » (p. 116), observations qui revêtent un intérêt tout particulier depuis la remise le 30 novembre 2004 du rapport controversé sur les revirements de jurisprudence au Premier Président Guy Canivet par le groupe de travail dirigé par Nicolas Molfessis. Un chapitre II relatif au temps de la justice en tant que justice à mille temps... suit très logiquement la façon de faire naître et garder l'esprit des lois. Ici, Jean Danet (« Le temps des parties ; temps du litige ou du conflit et temps de la procédure »), Simone Gaboriau et Jean-Pierre Garmier (« Les temps de la procédure : regards croisés d'un magistrat et d'un avocat »), Philippe Pauliat-Defaye (« Le temps de la décision de justice et de son exécution »), et Xavier Lameyre (« Le temps de la peine ; entre sujétion temporelle et subjectivisation existentielle ») informent dans les moindres détails des multiples temps de notre justice, de notre justice à mille temps, voire à plein temps, d'un trop plein de temps dans lequel « La justice, et particulièrement la justice pénale, est saturée de temps » (p. 163).

Dans la seconde partie relative à la concordance des temps, les auteurs engagent une réflexion (chapitre I) sur la justice dans les temps en tant que temps et qualité du droit et de la justice, puis (chapitre II) sur la justice dans le temps. C'est ici que Françoise Dulkens aborde le délai raisonnable et la Convention européenne des droits de l'homme,



puis qu'Hélène Pauliat s'intéresse à l'administration de la justice au service d'une meilleure maîtrise du temps de justice au travers de politiques européennes et expériences étrangères. Le tout est suivi d'une étude de Jean-Marie Coulon sur l'urgence et le provisoire en droit privé ainsi que de celle de Jean-Jacques Moreau sur l'urgence et le provisoire en droit public. Enfin, la relativité du temps sous le prisme du temps des politiques, du temps de l'opinion publique, du temps des médias et du temps de la justice sont abordés autour d'une table ronde animée par Jean Lebrun, Robert Savy, Éric de Montgolfier, Dominique Simonnot, Patrick Berthomeau, Henri Leclerc, et Pierre Moreau. Rien n'est donc oublié. Le chapitre II relatif à la justice dans le temps est, quant à lui, assez technique. Les preuves à l'épreuve du temps, et plus encore la justice à l'épreuve de la connaissance scientifique occupent Claude Piva, Doyen honoraire de la Faculté de médecine de l'Université de Limoges, qui souligne un point que les juristes ont tendance à oublier : les sciences dites exactes peuvent aboutir à des certitudes, mais également à des interprétations multiples, complexes, voire contradictoires. Les preuves attribuées à la science, en effet, doivent rester interprétées avec la plus grande prudence en dépit des progrès scientifiques considérables de ces dernières années. Et l'auteur de relever à juste titre que la preuve scientifique laisse parfois la place à une notion plus sociale que scientifique comme c'est le cas du principe de précaution. Enfin, après que Christian Chartier se soit intéressé au tribunal pénal international de Yougoslavie, c'est-à-dire à un tribunal temporaire pour une justice durable, Paula Giliker présente la force du précédent en droit anglo-saxon, à partir de l'exemple du droit civil anglais. Ici, la règle du précédent, la justice et le temps sont liés. Ils le sont tellement que cette règle est une règle fondamentale de la *common law*, ce qui, n'hésitons pas à le dire, est fort différent de la force du précédent en droit public français présenté par Bernard Pacteau. Du moins celui-ci affirme-t-il : « Il y a sans doute toujours un peu de fiction dans le principe *Nemo jus...* mais il ne doit pas comporter en tout cas ni *tromperie*, ni *menterie*, ni *duperie* ! Il est vrai que la jurisprudence paraîtrait commettre un *abus* bien davantage en aménageant les répercussions de ses nouvelles analyses et interprétations. Ne serait-ce point alors arrêt *de règlement* ? » (cf. p. 331). Reste à souligner le débat de qualité qui s'est instauré entre Agnès Sauviat et Damien Roets sur l'application dans le temps de la loi pénale et de la loi fiscale à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par des conclusions générales, François Ost livre alors trois réflexions fondamentales : il y a en droit une pluralité des temps, un temps qui se construit, se temporalise, s'institue, mais aussi la mémoire, le pardon, la promesse, la remise en question qui sont quatre figures de la retemporalisation. Et celui-ci, après avoir emprunté à Jean Carbonnier que les juristes étaient des « pessimistes actifs », d'achever ses conclusions générales par le rappel de l'inlassable effort des acteurs de justice en vue d'instituer un temps porteur de sens, un temps créateur ou restaurateur du lien social « Question de s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature, dont nous ne sommes que si peu et si faiblement affranchis » (p. 369). C'est dire si, dans le domaine du temps, le juriste, le droit constituent d'extraordinaires sujets d'étude pour le psychologue, tout comme le droit gagnerait ici à s'intéresser à la science de la mémoire, la conscience, voire à la physique fondamentale.

Catherine PUIGELIER

*Arch. phil. droit* 49 (2005)

Marjolaine Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 2003, 292 p.

L'ouvrage de Marjolaine Fouletier reprend sa thèse de doctorat et présente le résultat de ses « Recherches sur l'équité en droit public français ». En vertu du légalisme de l'ordre juridique, c'est la loi seule, la règle de droit positif qui s'impose impérativement à toute juridiction : elle exclut donc par principe le recours à l'équité. Cependant, les caractères propres du droit public ne sont pas sans effets à cet égard. Si les autorités publiques détiennent au nom de l'intérêt général des prérogatives qui semblent contrarier l'idée d'équité, elles peuvent aussi exercer leurs compétences pour prendre des dispositions estimées opportunément équitables. D'autre part et peut-être surtout, le juge administratif tient compte de l'équité dans la construction d'un droit largement jurisprudentiel par les règles qu'il crée pour remédier à l'insuffisance des textes généraux en droit public et pour interpréter les textes spéciaux tendant de nos jours à se multiplier. Ainsi, à la différence d'un travail récent qui concerne le droit privé (Christophe Albiges, *De l'équité en droit civil*, L. G. D. J., 2000, compte rendu dans les *Archives*, tome 45, 2001, p. 379-382) et se concentre sur l'équité ponctuelle, subjective, dans les quelques cas où la loi permet au juge de s'y référer pour résoudre les litiges particuliers, la présente étude porte essentiellement sur l'équité objective, générale, régulatrice, dont elle montre l'importance en droit public, en même temps qu'elle insiste sur la fonction qui lui est souvent adjointe de compléter ou remplacer une égalité juridique par une égalité sociale, de recourir à des mesures inégalitaires en vue de pallier les inégalités de fait et de promouvoir un égalitarisme considéré comme équitable.

Après un rapide survol historique, elle expose le bilan d'une enquête correspondant à la première partie de l'ouvrage pour mettre en lumière « la propension à l'équité dans le droit public français », dans la jurisprudence dont maintes normes en sont les reflets sans néanmoins l'invoquer ouvertement par exigence de légalité, comme aussi dans des textes qui n'en font pas mention expresse sauf quelques exceptions. Sur la base de ces indications rassemblées, elle passe à une seconde partie pour étendre et justifier toute la portée potentielle d'un tel phénomène, pour chercher à mettre en forme « l'élaboration progressive d'un principe juridique d'équité », dont le sens, après examen, ne semblerait pas absolument incompatible avec l'ensemble du droit public positif.

Diffuse et implicite, l'idée d'équité est une source d'inspiration dans la formation du droit public. Elle motive une complexe législation visant à réduire les inconvénients de situations qui apparaissent inéquitables : ainsi, pour apporter une aide à des zones territoriales peu développées, pour mettre en œuvre une politique fiscale et sociale en faveur de catégories de population vivant dans des conditions peu satisfaisantes. Il a fallu une révision constitutionnelle touchant l'égalité des sexes et la citoyenneté pour autoriser la loi à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, c'est-à-dire concrètement à étendre la place bien modeste qu'y tiennent encore les femmes. Dans les rapports entre l'administration et les individus, la législation actuelle atténue le déséquilibre entre les prérogatives nécessaires de la puissance publique et les droits individuels ou les intérêts privés des particuliers : elle facilite l'information des administrés ; en matière contentieuse, elle améliore les règles du procès administratif et, en termes exceptionnellement exprès, permet au juge de prononcer une condamnation au remboursement des frais irrépétibles ou plus précisément hors

dépens. D'une manière plus significative, l'équité imprègne la jurisprudence du Conseil d'État, sans être mentionnée dans la teneur des arrêts, mais les commissaires du gouvernement l'invoquent volontiers dans leurs conclusions. Le Conseil d'État contribue pour une large part à l'élaboration du droit administratif, droit jurisprudentiel en grande partie du moins à l'origine en raison de la déficience des lois en ce domaine : il exerce un pouvoir normatif, crée des règles de droit souvent fondées sur l'équité. Il établit ainsi des principes juridiques jurisprudentiels : responsabilité pour faute ou sans faute de l'administration, principe d'égalité sous divers aspects et notamment devant les charges publiques, et nombreux autres principes généraux du droit que le juge entend découvrir à partir de dispositions législatives particulières et convergentes ou même de la conscience juridique de l'époque. Quand ces principes se rattachent au préambule constitutionnel, ils peuvent être reconnus par le Conseil constitutionnel, qui en impose le respect aux textes législatifs dont il est saisi.

Dans l'application du droit, le juge doit se conformer à la loi, à la règle de droit positif, mais nécessairement aussi en donner l'interprétation, en dégager le sens, les limites et les implications. Il suit des lignes directrices qui associent le légal et l'équitable dans l'aménagement du syllogisme du jugement dont le juge de droit public, de même que le juge judiciaire, inverse souvent dans son propre raisonnement préalable la forme officielle en commençant par choisir la solution qu'il estime opportune ou équitable pour la recouvrir ensuite d'une motivation juridique. Agissant sur les prémisses, et d'abord sur la majeure, il interprète la norme applicable et s'en fait une conception qui peut la modérer ou la corriger : il tempère ainsi le strict principe d'égalité devant la loi, l'assouplit, le rend compatible avec des différences de traitement justifiées par la différence des situations ou par l'intérêt général, comme des exemples en sont fournis par le juge constitutionnel (statuts législatifs particuliers de certains territoires de la République française) et fréquemment par le juge administratif (discriminations tarifaires selon les ressources des usagers de services publics municipaux facultatifs). Il agit aussi sur la mineure du syllogisme, c'est-à-dire sur la qualification des faits, en les intégrant dans des concepts juridiques flous (préjudice anormal et troubles de voisinage) ou même dans la sphère du droit sans qu'ils y relèvent d'une règle formelle (la douleur morale devenue dommage indemnisable). Dans le contrôle de la compétence discrétionnaire de l'administration, le juge administratif va jusqu'à en préciser de plus en plus les conditions : il exerce parfois pour le moins un contrôle minimum et limité à l'erreur manifeste d'appréciation (sanctions et notation des agents publics), mais plus généralement un contrôle de proportionnalité (notamment sur les mesures de police qui doivent concilier les nécessités de l'ordre public avec les exigences des libertés publiques), ou même éventuellement du bilan coût-avantages de la mesure administrative (en matière d'urbanisme).

En dehors de la juridiction administrative, l'équité peut aider à résoudre les contestations dans leurs modes de solution amiable, recours administratif gracieux ou hiérarchique, transaction, conciliation, arbitrage, mais qui doivent respecter l'ordre public et, malgré leur intérêt en certaines circonstances, restent peu utilisés. Cependant, elle est par exception expressément prévue, au moins sous forme négative, dans la loi relative à l'action du médiateur de la République. Celui-ci dispose d'une large compétence dans les cas de dysfonctionnement administratif et, quand l'application de dispositions légis-

latives ou réglementaires aboutit à une iniquité, il peut, en tant qu'intercesseur gracieux entre les citoyens et l'administration, recommander des mesures individuelles de bienveillance et même des réformes générales : son intervention, sans pouvoir écarter les impératifs de la procédure juridictionnelle, ne laisse pas de se montrer appréciable.

De plus, le droit français est influencé par son environnement européen. La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg qui en assure l'interprétation consacrent le principe d'égalité pour la jouissance des droits civils et politiques et sa modulation par des différenciations juridiques pour pallier les inégalités de fait touchant notamment aux droits sociaux. Elles garantissent en même temps, en matière juridictionnelle, le droit d'obtenir que toute cause soit, selon les termes exprès de la Convention, entendue équitablement, avec toutes les conséquences jugées devoir en découler, et que l'acte soumis au juge fasse l'objet d'un contrôle de proportionnalité raisonnable par rapport à l'intérêt commun. Il en va de même pour les traités de l'Union européenne et pour la Cour de Luxembourg, encore que les dispositions surtout nationales puissent se trouver appréciées comme un frein à l'unification du marché économique européen. À l'intérieur des États eux-mêmes, le droit anglais de *common law* laisse une place traditionnelle à l'*equity* ; d'autre part, le droit allemand contemporain comprend un système de contrôle constitutionnel du principe d'égalité, égalité stricte pour les situations identiques et assouplie pour les situations différentes, ainsi que de la proportionnalité des mesures remédiant aux différences. Tous ces exemples contribuent à l'acclimatation de l'équité.

Les pratiques très généralement officieuses inspirées de l'équité peuvent-elles conduire à poser en droit public français un principe juridique d'équité formellement reconnu ? Telle est la question que, dans la seconde partie de l'ouvrage, l'auteur s'efforce d'envisager sous ses multiples aspects pour aboutir, à la suite d'une discussion subtile, à une réponse penchant dans un sens favorable, mais nécessairement prudente.

Si l'équité peut acquérir un caractère juridique, ce n'est peut-être pas en tant que concept défini dans sa nature substantielle qui se révèle fort complexe par la diversité de ses sources où se côtoient l'émotion sentimentale, la conscience morale collective, l'idéal d'un droit naturel rationnel et le bon sens raisonnable, et aussi par la diversité des significations de son objectif de justice où la confiance dans le juste purement légal tient moins de place que la référence aux multiples théories de la justice d'un juste extra-légal. Il est alors juridiquement plus efficace de voir dans l'équité une notion fonctionnelle. Elle permet traditionnellement à la jurisprudence, et notamment à la jurisprudence administrative, de doter le droit positif d'un supplément d'âme, de le modérer, de le corriger, de suppléer à son incomplétude et même de créer des principes que l'administration doit respecter. Mais surtout, l'équité se trouve présentée comme devant fournir une interprétation du principe d'égalité qu'elle porte à son plein accomplissement, à son achèvement. Elle modifie ou prolonge une égalité purement formelle, une égalité des citoyens devant la loi générale et hostile aux privilèges, et elle la transforme en une égalité socialement réelle, une égalité par la loi appropriée aux hommes situés dans leur conditionnement économique et social et plus précisément par des lois particulières, c'est-à-dire des privilèges accordés à des catégories sociales défavorisées de ce point de vue, avantages destinés à compenser les infériorités concrètes de leur existence. Elle réalise une justice sociale, une sorte d'égalité proportionnelle, non pas, comme il

semble qu'on soit trop facilement tenté de le croire, celle de la justice distributive aristotélicienne où la répartition est faite en proportion des charges et des avantages attribués à chacun, mais tout au contraire celle d'une redistribution des ressources en proportion des besoins considérés indépendamment des fonctions. Aux différences et inégalités sociales, elle répond par des différenciations juridiques, des inégalités équitables et égalisatrices. Tâche indéfinie, suggérée par l'idéal d'une société qui deviendrait strictement égalitariste.

Peut-on dès lors officialiser l'équité et l'insérer dans les concepts du droit public ? Elle s'accorde avec le principe constitutionnel d'égalité, du moins dans son interprétation progressiste d'une égalité différentielle. Dans le contrôle qu'ils exercent, l'un sur les lois et l'autre sur les règlements, le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État s'ingénient à encadrer le dynamisme de la logique discriminatoire : ils jugent arbitraires et interdites les discriminations fondées sur des critères inconstitutionnels (race, religion, croyance) ou touchant aux libertés fondamentales ou ayant une portée excessive, mais ils jugent légitimes et régulières toutes celles qui s'appuient sur d'autres critères, qui se rapportent à des droits économiques et sociaux et qui sont proportionnées à leur objectif et théoriquement temporaires, sans qu'ils aillent jusqu'à reconnaître un droit à la différence qui obligerait les pouvoirs publics à différencier juridiquement des situations différentes. Quant à l'intérêt général, s'il est une exigence qui s'impose à l'administration, il ne se limite pas nécessairement au pur intérêt public : il peut englober aussi les droits des administrés et les intérêts privés dépassant les personnes concernées et tenant à l'équité. Pour ce qui est de la solidarité nationale, l'équité a partie liée avec elle sous la forme de l'équité égalisatrice et solidariste : elle lui ouvre une voie juridique dans la pratique jurisprudentielle qui en fait tout naturellement un redoublement du principe d'égalité, et dans la législation par l'interdépendance collective que cherchent à réaliser les politiques de la fiscalité et de la protection sociale. Toutefois, liée aux discriminations positives, elle comporte des inconvénients politiques : une relative déception comme celle causée aux États-Unis par la vague récente de l'*affirmative action* favorisant, ce qui du reste est en principe prohibé en France, des groupes ethniques et tendant aujourd'hui à refluer ; et peut-être surtout une fragmentation sociale, une division intérieure à la société avec une population impécunieuse admise à recevoir des prestations minimales sans participer à leur financement fourni par une autre population ayant par ailleurs les moyens de s'assurer une meilleure protection. Cette séparation risque de briser la solidarité elle-même, la cohérence sociale qu'un équilibre raisonnable peut essayer de sauvegarder.

Il faut en définitive s'interroger sur l'intégration de l'équité dans les structures du droit public, dans la hiérarchie des normes, et sur sa conciliation avec l'impératif de la légalité, de la régularité juridique. Si l'équité n'est pas formellement une norme ayant par elle-même un caractère obligatoire, elle transparait dans des normes qui en sont des manifestations et qui ont un caractère obligatoire : ainsi en va-t-il notamment des principes généraux du droit, dont certains, du reste, se situent à un double niveau, supra-décretal et para-législatif pour les actes administratifs soumis au Conseil d'État supra-légal et para-constitutionnels pour les actes législatifs soumis au Conseil constitutionnel. Elle est, non pas à proprement parler source de droit, mais fondement d'une source principalement jurisprudentielle de droit. Dès lors, dans le contrôle juridictionnel qui la sanctionne, son lien juridique avec l'acte contrôlé reste subsidiaire et indirect : il est su-

bordonné à l'insuffisance de la loi, dont toutefois la libre appréciation appartient au juge, et, sauf exception textuelle, il passe par l'intermédiaire d'une règle ou d'un principe de droit positif, sans que le juge, tenu par l'obligation de se conformer à la légalité, puisse invoquer ouvertement l'équité. Une solution radicale résulterait d'une proposition hardie, présentée au terme de la discussion : le juge pourrait exercer un contrôle qui rajeunisse l'idée d'une moralité administrative par celle d'une administration raisonnable, qui tienne l'abus de pouvoir pour une cause plus large d'annulation que l'excès de pouvoir et qui rende justice en faisant respecter au-delà d'une légitimité légale une légitimité équitable. Une telle orientation contribuerait peut-être à changer l'esprit du droit public, centré alors, non plus sur la puissance publique, mais sur la protection des libertés publiques. En revanche, elle supposerait de rendre absolu le pouvoir créateur du juge, d'avoir une totale confiance dans la prudence et la sagesse de son action en minimisant le risque d'arbitraire, et surtout de faire reconnaître dans l'ordre juridique officiel que le droit ne repose pas tout entier sur la loi.

Voilà bien l'aboutissement de tout un travail de réflexion qui pousse le plus loin possible la tentative de transformer une source inspiratrice du droit en source juridique formelle, d'actualiser dans le droit public positif la valeur virtuellement juridique de l'équité.

Jacques DAGORY

Francis Jacques, *De la textualité. Pour une textologie générale et comparée*, Paris, Jean Maisonneuve, 2002, 240 p.

« Impossible de comprendre l'invention conceptuelle d'une philosophie, son langage, sans ranimer un esprit d'exploration, un style d'itinérance qui est celui de la pensée interrogative ». C'est selon cette injonction formulée par l'auteur qu'il convient d'aborder son livre, pour y saluer l'entreprise d'une instruction nouvelle de la question « Qu'est-ce que penser ? ». Penser, c'est interroger. Et il faut tout de suite ajouter : penser, c'est s'interroger avec l'autre. L'exigence du dialogisme qui animait la première philosophie de F. Jacques est loin d'être récusée : elle est transposée, dans sa seconde philosophie, à l'interrogation. En effet, dans l'interrogeant radical s'exerce la réciprocité d'un nous : qui questionne là, avec qui ? Or, déjà tissée dialogiquement, l'interrogation s'expose dans le tissu du texte : penser, c'est textualiser. Le premier enjeu de l'ouvrage, consacré aux *sites* (avec les éléments de *corpus* afférents) de la textualité dans l'ensemble des documents, est de faire du texte un au-delà des structures linguistiques et discursives, et l'objet d'une compétence philosophique. La « mise en texte » est « aussi décisive que la mise en discours chère aux linguistes ». Convaincu de l'insuffisance du sémantique, F. Jacques estime que si le texte est condition de la pensée, « c'est à elle de produire du sens pour se référer au monde en se textualisant » ; s'il appartient au sens et à la pensée même de se textualiser, « la textualisation déborde la *semiosis* en la rapportant au mouvement de l'interrogation ». Importance du facteur noétique : c'est à cause de lui que la textualisation « n'est plus gagée sur le paradigme du signe ni réductible à la *lexis* ». N'oublions pas enfin que le texte enchevêtre plusieurs voix énonciatives et plusieurs régimes discursifs.

Diversité des ordres de la pensée : l'autre enjeu est de déployer la pluralité des modes d'interroger. Quatre ordres de questionnement sont caractérisés : scientifique (le problème), poétique (l'énigmatique), philosophique (le questionnement radical), religieux (l'élucidation du mystère), auxquels s'articulent autant de manières d'instruire les questions, autant de types de réponses. Quadripartition effectuée selon une apparente symétrie mais sans réelle équivalence. Deux types de textes sont grandement honorés puis tenus en lisière : le texte poétique (et littéraire, avec l'étude sur la référence fictionnelle), le texte scientifique. Deux ont chacun leur « privilège » : le texte philosophique a celui de son absolue radicalité, le texte religieux participe du privilège existentiel (accomplissement « ontologique ») accordé par l'auteur à l'interprétation chrétienne des Écritures. La compétition entre ces deux privilèges a été subtilement arbitrée par F. Jacques dans sa thèse de théologie (*Interrogativité et catégorisation en théologie fondamentale* ; voir à ce sujet l'essai de Philippe Capelle dans les Actes du colloque de Cerisy : *Du dialogue au texte. Autour de Francis Jacques*, éditions Kimé, 2003). L'interrogation ultime du philosophe est « au défi » tant du « théologoumène » que du « théorème » et du « poème ». Il est remarquable que les plus belles pages (à notre sens) de ce livre soient justement celles dédiées aux poètes. Selon F. Jacques, la poésie « ne serait que chasse aux mots, "bibelot d'inanité sonore", surtout dans la modernité hermétique, si elle ne concentrait elle aussi l'esprit au plus haut de sa vigilance », pour une « exploration des énigmes surgies de la nature et de l'existence humaine, de la rose et du rossignol, bref, une quête typique ».

Ce livre nous confronte à une étape importante dans le déploiement d'une philosophie critique, soucieuse de délimiter le pensable, de préoccupation kantienne (rappel des grandes questions du savoir, du devoir faire, et de ce qu'il nous est « permis d'espérer »), renouvelée à partir de la philosophie analytique, enrichie par son passage par le *linguistic turn* wittgensteinien, que F. Jacques transforme à présent (en fait exactement depuis ses travaux de 1987) en *textual turn*. Le tournant textuel, précise F. Jacques, est « franchi par qui veut délimiter le pensable à travers une analyse du textualisable et non plus seulement du dicible par discours ». Il est aussi question de « jeux textuels » qui « ne prennent sens que contemporains d'une manière de vivre ». Présignons que chaque être est capable (même s'il n'actualise pas toutes ces compétences) des quatre manières de vivre répondant aux quatre manières de penser, de s'interroger, de textualiser et de catégoriser discernées ici, comme les quatre fleuves sortant du Paradis que nomme le texte de la Genèse. Nous en saurons davantage lorsque paraîtra l'*Arbre du texte et ses possibles*.

Françoise ARMENGAUD

Nicolas Molfessis (dir.), *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, 246 p.

Le député Barnave, alors à la Constituante, craignait qu'un Tribunal de cassation constitué de « magistrats réunis dans un même lieu, institués pour un temps considérable et remplis du même esprit » ne soit une puissance formidable. Avait-il finalement

raison ? C'est à cette question éminemment importante que l'ouvrage titré « La Cour de cassation et l'élaboration du droit », rédigé sous la direction de Nicolas Molfessis, tente de répondre. La réflexion collective dont il est l'objet a été initiée par le laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), la Cour de cassation et l'Ordre des avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'État. C'est dire si ceux qui ont là débattu du rôle normatif de la Cour de cassation connaissaient le thème sur lequel ils travaillaient, pouvaient émettre des observations de tout premier ordre. Dix-neuf auteurs ont ainsi contribué (universitaires, magistrats et avocats) à comprendre « les rouages par lesquels se manifeste l'influence de la Cour de cassation, en portant attention tant aux processus de création du droit qu'à la méthode suivie ». Les points les plus délicats de notre droit sont examinés avec finesse, attention, rigueur, honnêteté. Chaque contribution est en effet d'une exceptionnelle qualité. C'est ainsi que les revirements de jurisprudence, les principes généraux du droit, les rapports entre la Cour de cassation et les juridictions du fond, le Conseil d'État, la Cour européenne des droits de l'homme, la motivation des arrêts de la Cour de cassation, etc., sont successivement abordés par Guy Canivet, Premier Président de la Cour de cassation (« L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? »), Horatia Muir-Watt (« La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme »), Dominique Foussard (« Manque de base légale et création de la règle »), Jean Buffet (« Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain »), Nicolas Molfessis (« Les revirements de jurisprudence »), François Terré (« Les principes généraux du droit »), etc. Parce qu'il est malheureusement impossible de toutes les retracer, seules certaines études seront examinées plus avant sans que le choix ici opéré ne préjuge d'un meilleur ou moindre intérêt. Ainsi, pour le Premier Président Guy Canivet, « des équilibres sont à trouver, la Cour de cassation ne doit pas plus être une juridiction inflationniste qu'elle ne peut pratiquer une sélection minimaliste comparable à celle des cours de *Common law*. Elle est à la recherche d'un juste milieu qui correspond tout à la fois à notre culture et à notre organisation judiciaire » (p. 19). Et Jean-François Burgelin, Procureur général près la Cour de cassation d'affirmer : « Non, l'organisation actuelle de la Cour de cassation, ne lui permet pas d'assurer de façon convenable la mission qu'elle s'est attribuée, au fil du temps, d'élaborer une jurisprudence qui lui soit propre. Compte tenu de la façon dont la CEDH conçoit sa mission auprès des juridictions des états membres, il est vain de soutenir que la Cour doive s'organiser pour se perpétuer dans sa double dimension, d'organe gardien de la loi et d'organe créateur de normes » (p. 31). Ces phrases piquantes sont suivies de autres tout aussi incisives. Pour Horatia Muir-Watt, comme l'observe le Doyen Cornu, « il est plus facile d'écrire "il résulte de la loi" que de raisonner ». En se contentant de formuler des dogmes, la Cour de cassation omet de cultiver cette « imprégnation progressive d'ordre culturel » décrite par Christian Atias, qui seule peut asseoir la légitimité de la norme jurisprudentielle » (p. 63). Et Nicolas Molfessis de relever qu'il ne fait aucun doute que la jurisprudence entretient la fiction de son absence de pouvoir créateur, « de telle sorte que toute reconnaissance de la rétroactivité des revirements de jurisprudence devient impossible » (p. 151). Ici, ce sont nos sources du droit, notre hiérarchie des normes qui sont bouleversées. Mais les propos ne sont pas nécessairement stigmatisants, ils sont emprunts de réalisme, se veulent prospectifs. Ainsi, pour François Terré, ne sommes-nous pas pri-



sonniers d'une notion de « sources du droit » « dont le caractère métaphorique s'est déformé et exagéré au cours du temps. Non qu'il s'agisse de redistribuer les rôles, ce qui est inconcevable, mais plutôt de mieux comprendre la division du pouvoir créateur » (p. 180). Et Dominique Bureau d'ajouter que les principes généraux du droit conduisent à une « réflexion renouvelée sur les sources du droit, qui pourrait bien conduire jusqu'à un singulier renversement de la théorie classiquement reçue en ce domaine » (p. 199). On en arrive alors à l'inévitable question de Régis de Gouttes, Premier Avocat général à la Cour de cassation : « Faut-il supprimer la Cour de cassation ? » en réponse à une autre interrogation posée par Victor Haim dans un article publié au *Dalloz* : « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? » (p. 239). Et Renée Koering-Joulin, Conseiller à la Cour de cassation, de prendre le relais par des questions pertinentes : « Comment, tout à fois, reprocher à la Chambre criminelle son "acharnement" antieuropéen lorsque prenant acte d'une réforme législative récente et refusant d'inférer une solution d'une autre, voisine mais distincte, elle refuse d'anticiper une décision européenne, mais lui faire grief de son excès d'audace lorsque, exerçant son contrôle sur la proportionnalité d'une incrimination à l'objectif légitime poursuivi par le législateur français, elle écarte cette dernière comme « non nécessaire » ? » (V. encore, à propos de la durée raisonnable de la procédure qui serait devenue un principe directeur du procès pénal) (p. 245). Elle parfait toutefois son analyse par des phrases qui attirent tout particulièrement l'attention. C'est vrai que notre système judiciaire semble devenu bien fragile, mais après tout pourquoi percevoir la question du contrôle européen en termes de « quatrième degré de juridiction », considérer la Cour de Strasbourg comme le « supérieur hiérarchique » de la Cour de cassation ? « Est-il bien raisonnable de ressentir tout constat de violation européen comme une blessure narcissique nationale ? À l'heure de la mondialisation des échanges, n'est-il pas plus fécond de raisonner en termes d'influences mutuelles des juridictions internationales et nationales ? » (p. 246). Elle conclut que le temps est venu d'aborder les logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme, non plus en termes « pyramidaux, hiérarchiques, inévitablement polémiques car générateurs de conflits d'ego, mais en termes apaisés d'influences réciproques, d'irrigation et d'enrichissement mutuels » (p. 246).

Ce livre, qui concerne à plus d'un titre la philosophie du droit, la théorie générale du droit, etc. parce qu'il met le doigt sur nos sources du droit, sur la façon dont se crée le droit en France, dit tout haut ce que beaucoup pensent tout bas. Les propos oscillent entre réalisme, frayeur, apaisement. Ici, on rappelle des évidences : la jurisprudence est créatrice de la règle de droit, et ses décisions sont rétroactives. La motivation des décisions de la Cour régulatrice peut être obscure à souhait. Le juge national perd du terrain au point qu'il est temps de se demander si la Cour de cassation n'est pas amenée à disparaître. Mais il est aussi temps de se demander si, à l'époque où l'on vit, une remise en cause de notre système judiciaire n'est pas tout simplement nécessaire, inévitable. L'Europe était une idée, elle est devenue une réalité. Cet ouvrage, d'une grande lucidité, rappelle que nous vivons un moment rare de notre histoire judiciaire, et plus encore de notre droit.

Catherine PUIGELIER

Roland Drago (dir.), *La Confection de la loi*, Paris, PUF « Cahier des sciences morales et politiques », 2005, 308 p.

L'académie des Sciences morales et politiques ne s'y est pas trompée : s'il est un sujet de tout premier ordre aujourd'hui, c'est bien celui de la loi, et plus spécialement de la confection de celle-ci. Ce livre, rédigé sous la direction de Roland Drago, membre de l'Institut, est le fruit d'une vingtaine de réunions d'un groupe de travail (composé de spécialistes, « universitaires, membres de l'administration parlementaire et du Conseil d'État, chercheurs, collaborateurs universitaires ») créé en 2001, et qui a voulu répondre aux questions qu'on se pose sur « la prolifération des lois, leur mode d'adoption, leur rédaction, leur style et leur contenu ». La légistique fait l'objet d'un aperçu rapide dans la première partie, tandis que les méthodes de la confection des lois occupent la seconde. La troisième partie qui a trait aux enjeux de la confection de la loi, est suivie d'une conclusion générale de Jean-Pierre Duprat qui propose une voie moyenne de simplification de la législation, à partir de l'exemple des lois de consolidation, de coordination et de révision. « La complexité de la loi et ses solutions » (Henri Plagnol), « L'élaboration de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. La légistique au XIX<sup>e</sup> siècle » (Jean-Jacques Bienvenu), « Le rôle du Conseil d'État dans la confection de la loi » (Alain Plantey), « Fonctions du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi » (Guillaume Drago), « L'intégration du droit communautaire dans la loi française » (Jean-Louis Dewost), « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée » (Yves Gaudemet), « La simplification du droit par ordonnances », (Pascale Gonod), « Les définitions législatives » (Didier Truchet), « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi » (Valérie Lasserre-Kiesow), etc., sont à compter parmi les thèmes privilégiés par cet ouvrage de grande qualité. Des bibliographies thématiques (d'environ 80 pages) regroupant des études françaises et étrangères relatives à la loi, la légistique, apportent une touche supplémentaire à la perfection du livre. Tout est là passionnant, riche d'un savoir qui méritait d'être rappelé dans ce monde européen qui régulièrement se construit. Certes, les études n'apportent pas de « remède miracle », mais elles s'efforcent de proposer des méthodes de recherche, des méthodes susceptibles d'écarter le mal déjà dénoncé par Portalis : « La loi gouverne mal lorsqu'elle gouverne trop ». La loi, la légistique, ne sont plus des sujets simples sur lesquels tout a été dit, ils doivent être tout au contraire revisités, réappropriés. L'ouvrage le démontre très bien : la confection de la loi vit une situation de détresse qui ne peut plus durer.

Catherine PUIGELIER

*Ouvrages reçus*

*Anuario de Derechos humanos*, Volume 5, Madrid, 2004.

Olsen A. Ghirardi (dir.), *Alfredo Poviña* (In memoriam), Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004, 169 p.

*Revista brasileira de Filosofia*, Institut brasileiro de filosofia, Sao Paulo, fasc. 215, juin-août-sept. 2004, fasc. 216, oct-nov-déc. 2004.